



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

CICLO XXVII

COORDINATORE Prof. Paolo Borghi

DIRITTI DEI DETENUTI E SPAZIO PENITENZIARIO EUROPEO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando

Dott. Martufi Adriano

Tutore

Prof. Bernardi Alessandro

Anni 2012/2014

INDICE

INTRODUZIONE

1. Posizione del problema
2. L'irresistibile ascesa dei diritti fondamentali e il loro ruolo nell'evoluzione della vicenda penalistica contemporanea (cenni)

PRIMO CAPITOLO

1. Lo statuto giuridico dei detenuti: una prospettiva di diritto interno.
2. Il carcere come ordinamento separato e le posizioni giuridiche del detenuto di fronte all'amministrazione penitenziaria.
3. La teoria della supremazia speciale e i poteri disciplinari dell'amministrazione penitenziaria.
4. La problematica distinzione tra elementi del trattamento e misure ulteriormente limitative della libertà del detenuto: la tensione tra diritti del detenuto e paradigma rieducativo.
5. Regime detentivo e le finalità della pena carceraria nella dimensione storica (cenni).

SECONDO CAPITOLO

1. Il superamento delle concezioni che limitano il riconoscimento dei diritti del detenuto.
2. Le premesse al mutamento di prospettiva: la dignità umana e diritti della personalità.
3. La dignità della persona tra umanizzazione della pena e diritti inviolabili del detenuto.
4. La residua libertà del detenuto e le garanzie applicabili alla sua restrizione.
5. Il diritto alla salute del detenuto: integrità psico-fisica, diritto alle cure, libertà di autodeterminazione.
6. Il diritto alla libertà sessuale: affettività e sessualità in carcere e nei rapporti con il mondo esterno.
7. Il diritto ai rapporti con il mondo esterno: libertà di comunicazione e diritto di difesa.
8. Il diritto alla rieducazione del condannato tra pari dignità sociale e prevenzione speciale.
9. Legalità e giurisdizionalità dell'esecuzione penitenziaria: i problemi ancora aperti.

Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo

TERZO CAPITOLO

1. I diritti dei detenuti nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: linee ricostruttive.
2. I diritti dei detenuti nella giurisprudenza di Strasburgo: dalle *inherent features* alla libertà residuale.
3. La residua libertà del detenuto: tra regimi differenziati e perquisizioni personali.
4. Il diritto alla salute del detenuto: dal *neminem laedere* all'obbligo di predisporre cure mediche adeguate.
5. Il diritto ai rapporti con il mondo esterno: proporzionalità e legalità delle restrizioni a colloqui e corrispondenza del detenuto.
6. Il sovraffollamento carcerario e i rimedi esperibili: tra alternative alla detenzione e tutela giurisdizionale.

QUARTO CAPITOLO

1. Libertà personale e diritti delle persone detenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cenni).
2. Sovraffollamento carcerario e cooperazione giudiziaria in materia penale: i termini di una relazione problematica.
3. I nodi al pettine: il rifiuto alla consegna in Italia opposto dalle autorità inglesi per mancato rispetto dell'art. 3 CEDU.
4. Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze di condanna a pene detentive: la risocializzazione del condannato come fine della cooperazione giudiziaria.
5. La libera circolazione delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive: un nuovo impulso alla diversificazione delle tipologie sanzionatorie?
6. Conclusioni

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Pena detentiva e diritti fondamentali: posizione del problema – 2. L'irresistibile ascesa dei diritti fondamentali e il loro ruolo nell'evoluzione della vicenda penalistica contemporanea (cenni).

1. *Pena detentiva e diritti fondamentali: posizione del problema.*

La pena, in particolare quella detentiva, è strumento che, come ebbe a dire icasticamente Franz Von Liszt, realizza la "tutela di beni giuridici attraverso la lesione degli stessi". Una vera e propria "arma a doppio taglio", la cui intrinseca afflittività è, in sé, tale da porsi "in termini altamente problematici rispetto alle prerogative essenziali della persona, visto che ogni sofferenza intenzionalmente provocata a un essere umano è sempre a rischio di negarne l'inattinguibile umanità"¹. La sanzione carceraria, nella sua concreta esecuzione, finisce in particolare per immettere la persona in un sistema che, per sua natura, sottopone l'individuo a limiti che comprimono alcune delle sue principali prerogative (a partire dalla libertà di movimento), riducendo lo spazio entro cui può trovare sviluppo la sua personalità. D'altro canto, il rapporto tra diritto criminale e diritti fondamentali nei moderni Stati di diritto, si presta ad essere raffigurato secondo la felice metafora proposta da François Ost: i diritti della persona sono al contempo *bouclier* ed *épée* del diritto penale; da un lato costituiscono un argine di fronte agli eccessi repressivi dello Stato, dall'altro debbono configurarsi come necessario oggetto di tutela². Un ossimoro che si lega alla stessa "funzione primigenia dello Stato", laddove si ritenga che l'organizzazione sociale trovi il suo fondamento nel superamento di una perenne condizione di *bellum omnium contra omnes*.

Se dunque la pena, nella dimensione di concreta afflittività che necessariamente contraddistingue la sua esecuzione, incide e limita i diritti fondamentali, deve però ricordarsi come l'elaborazione giuridico-filosofica degli ultimi due secoli abbia eretto degli argini alla sua naturale brutalità. Costituisce infatti componente ineliminabile del patrimonio costituzionale europeo contemporaneo il principio secondo cui è fatto divieto di prevedere ed eseguire pene che offendano la dignità della persona *in vinculis*. Un divieto

¹ G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, p. 246.

² F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions. A propos de la relation ambivalente du droit pénale et des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme. Bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007, p. 8 ss.

che esibisce a qualsiasi livello la propria inderogabilità, determinando la conseguente messa al bando delle pene corporali e delle altre misure che comportino un eccessivo contenuto di sofferenza fisica e psicologica. Una preclusione, questa, che si lega indissolubilmente all'altrettanto inderogabile divieto di tortura, da intendersi in particolare come umiliazione e sofferenza psico-fisica. Non a caso, infatti, la stessa Costituzione italiana se per un verso afferma il generale principio secondo cui le pene non debbono consistere in "trattamenti contrari al senso di umanità", dall'altro in modo ancor più specifico arriva a dichiarare punibile qualsiasi "violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà". Un divieto che, come si vedrà, riecheggia anche all'interno delle Convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali, rendendo tale precetto a tal punto universale e generalizzato da indurre taluni a ritenerlo una vera e propria norma di diritto internazionale consuetudinario.

La storia del carcere è tuttavia quella di un'istituzione "separata" dal mondo esterno, e la sua disciplina giuridica – anche di dettaglio – costituisce, da sempre, "uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l'illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme"³. Un'analisi giuridica del penitenziario non si accontenta dunque di "sorvolare" i principi e gli istituti giuridici che l'ordinamento predispone a tutela delle persone recluse e dei loro diritti fondamentali, ma deve scavare più a fondo confrontandosi con la "quotidiana casistica" dei diritti negati o violati. I limiti alla privazione della libertà personale e alla sua prevaricante afflittività possono dunque essere ricercati, di volta in volta, soltanto nelle caratteristiche del caso concreto. Non si vuole con questo negare l'opportunità di attribuire all'istituzione penitenziaria una "funzione costituzionale", radicata nei valori e principi di un ordinamento pluralista che ponga al centro il rispetto della persona umana: è, del resto, quanto già ora accade per effetto del riconoscimento alla pena – sia essa detentiva o meno – di una funzione rieducativa.

La quotidiana realtà dei diritti negati impone però di porre il problema della valenza dimostrativa di quel principio di umanizzazione che, secondo la Corte costituzionale, costituisce presupposto logico per il dispiegarsi del contenuto risocializzativo della pena⁴. Del resto, la tutela dei diritti fondamentali dei reclusi, impone di riflettere sull'individuazione del concreto punto di equilibrio tra le esigenze di libertà e esigenze di

³ F. BRICOLA, *Introduzione* in F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, p.

⁴ Corte cost., sent. n. 279 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4515 ss. con nota di A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, p. 4542 ss.

sicurezza, ovvero sulla "minima funzionalizzazione delle prime, a salvaguardia delle seconde"⁵. A tal fine un contributo sempre più indispensabile sembra provenire dal diritto sovranazionale e, in particolare, dal "diritto europeo dei diritti umani". Come è ormai noto, infatti, i diritti fondamentali beneficiano di una tutela "multilivello", per effetto del loro inserimento all'interno di Carte internazionali che enucleano precise garanzie giurisdizionali a tutela dei singoli, delineando principi suscettibili di applicazione anche alla materia penale. Ci si riferisce in questa sede, soprattutto, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che all'art. 3 sancisce un inderogabile divieto di trattamenti inumani e degradanti. Tale disposizione è stata infatti impiegata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – cioè l'organo giurisdizionale a cui è affidato il compito di interpretare e applicare tale strumento internazionale – al fine di incidere in modo assai pregnante sulle concrete modalità dell'esecuzione penitenziaria.

Tale esito non è soltanto la conseguenza della distinzione – introdotta nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo – tra trattamenti inumani e degradanti e tortura e neppure, più in generale, un effetto della necessità di accertare in concreto un minimo livello di gravità tale da far ritenere a tutti gli effetti violato il precetto convenzionale. Si tratta, piuttosto, di un riflesso della natura eminentemente casistica delle pronunce di tale giurisdizione sovranazionale, la quale non pronuncia, di regola, sulla legittimità degli atti normativi, ma esercita un sindacato relativo alle violazioni derivanti da condotte materiali attribuibili allo Stato e comunque da atti non necessariamente riconducibili a una previsione normativa. Ben si comprende allora la diversa prospettiva con cui, attraverso le lenti del diritto sovranazionale, è possibile guardare al controverso rapporto tra trattamento penitenziario e diritti fondamentali. Si tratta cioè, non tanto e non solo (come nell'ottica della nostra Corte costituzionale) di un giudizio sulla legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, ma di una puntuale disamina dei casi e dei modi della restrizione di libertà, onde vagliarne in concreto la conformità con i diritti fondamentali.

2. L'irresistibile ascesa dei diritti fondamentali e il loro ruolo nell'evoluzione della vicenda penalistica contemporanea (cenni)

Per stabilire quale possa essere l'impatto sull'ordinamento nazionale dell'approccio sviluppato dalla Corte EDU, occorre cursoriamente accennare al problema del rango

⁵ A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 221.

assunto dal diritto europeo e internazionale nell'ambito della gerarchia delle fonti. Per quanto attiene al diritto della Convenzione, in particolare, è opportuno rammentare come la rilevanza da questo assunta discenda, anzitutto, dal riconosciuto carattere di "norma interposta" attribuito alle disposizioni convenzionali e all'interpretazione che di esse danno gli organi di Strasburgo. In virtù del limite imposto al legislatore ai sensi dell'art. 117 c. 1 Cost., infatti, gli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU assumono carattere vincolante in posizione di norma gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge, potendo a buon diritto essere invocati quale parametro di legittimità costituzionale di leggi e atti aventi forza di legge. In una prospettiva parzialmente diversa si è notato, ben prima della riforma del Titolo V della Costituzione, come il diritto pattizio assolva la funzione di parametro ermeneutico delle disposizioni costituzionali, il cui concreto significato normativo si presta ad essere elaborato attraverso un'interpretazione conforme al diritto convenzionale.

Analogo "trattamento" andrebbe riservato – secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale – al diritto dell'Unione europea, quantomeno laddove esso risulti privo dei requisiti che consentono di annettervi l'"effetto diretto" e la conseguente possibilità di "applicazione immediata".

Inevitabile poi che nell'ambito di tali fonti assumano un rilievo primario le disposizioni in tema di diritti fondamentali, norme per loro natura dotate di natura costituzionale, poiché destinate a fondare "a livello superprimario" la vita di una collettività organizzata, "attualmente inserita in una compagine sempre più ampia e integrata"⁶. Si comprende allora perché a fronte del ruolo così innovativo e vincolante riconosciuto al diritto sovranazionale, si guardi con crescente interesse alla possibilità di un nuovo "approccio costituzionale" al diritto penale, fondato sulla valorizzazione delle garanzie esistenti nel sistema multilivello delle Carte e delle Corti. L'aprirsi di una nuova "stagione del garantismo penale", non può allora tralasciare il problema delle guarentigie individuali che l'ordinamento – nella sua dimensione integrata con il diritto sovranazionale – riconosce alle persone private della libertà personale a seguito di una sentenza definitiva di condanna. Il primato gerarchico dei diritti di libertà capace di condizionare gli aspetti più minuti del trattamento penitenziario, merita quindi di essere "preso sul serio" potendo, se inosservato, "revocare in dubbio" persino la stessa legittimità della pena.

Un rapido sguardo alla più recente giurisprudenza costituzionale avvallora del resto l'impressione che la "certezza dei diritti" possa talora fare premio sulla "certezza del

⁶ G. UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 863.

diritto"; tale intuizione parrebbe confermata se si considera che persino l'intangibilità del giudicato sembra ora poter essere messa in discussione laddove ciò sia necessario per conformare l'ordinamento a una sentenza di condanna emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁷. Più in generale "se una pena è stata inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima"⁸, con la conseguenza che in uno Stato di diritto non potrà negarsi al giudice la possibilità di fare cessare l'esecuzione di una tale pena, ovvero di ridurla a misura legittima, una volta che tale dichiarazione di illegittimità sia intervenuta⁹. Questa e altre considerazioni inducono a cimentarsi con una ricostruzione dei "parametri di legittimità" che, nella sempre più stretta dinamica di integrazione tra fonti, presiedono all'esecuzione della pena subordinandone la legittimità al rispetto dei diritti fondamentali delle persone reclusi. Per questo, è opportuno provare anzitutto a ricostruire quale sia lo statuto dei detenuti nel presente momento storico, cercando di ricostruirne l'evoluzione in prospettiva diacronica.

Nelle pagine che seguono si cercherà quindi di ripercorrere per sommi capi il rapporto tra trattamento penitenziario e diritti fondamentali, dando conto delle sue origini e ritracciandone l'evoluzione storica, consistita nel progressivo riconoscimento di diritti fondamentali ai detenuti e in un corrispondente processo di limitazione dell'arbitrio statale nella fase di esecuzione della pena. Ai fini della ricostruzione dello spazio di libertà riconosciuto ai detenuti nell'attuale momento storico occorrerà, dapprima, tratteggiare il quadro relativo al rapporto tra diritti fondamentali e trattamento penitenziario nell'ordinamento interno e, successivamente, guardare alla realtà carceraria attraverso il filtro del diritto europeo. Sulla base della ricostruzione svolta, si giungerà da ultimo ad evidenziare quali siano le linee di sviluppo e i profili problematici che scaturiscono dalla sempre maggiore compenetrazione tra ordinamento interno e spazio giuridico europeo. Lo scopo dello studio è duplice: *a)* provare a delineare, su un piano storico-ricostruttivo, quali siano i limiti imposti al trattamento carcerario dal rispetto dei diritti fondamentali; *b)* individuare le linee di tendenza lungo le quali si indirizza l'evoluzione del diritto penitenziario a fronte del sempre maggior rilievo attribuito, in prospettiva costituzionale, ai diritti delle persone reclusi.

⁷ Corte cost., sent. 210 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915 ss.

⁸ F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, p. 250 ss.

⁹ Cass., sez. un., sent. 24 ottobre 2013, n. 18821 in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014.

CAPITOLO PRIMO

SOMMARIO: 1. Lo statuto giuridico dei detenuti: una prospettiva di diritto interno. – 2. Il carcere come ordinamento separato e le posizioni giuridiche del detenuto di fronte all'amministrazione penitenziaria. – 3. La teoria della supremazia speciale e i poteri disciplinari dell'amministrazione penitenziaria. – 4. La problematica distinzione tra elementi del trattamento e misure ulteriormente limitative della libertà: la tensione tra diritti del detenuto e paradigma rieducativo. – 5. Regime detentivo e le finalità della pena carceraria nella dimensione storica (cenni).

1. *Lo statuto giuridico dei detenuti: una prospettiva di diritto interno.*

Quello dei diritti delle persone detenute è da sempre una tema intricato e difficile da maneggiare per il giurista. A ben vedere, infatti, le incertezze che contraddistinguono le elaborazioni teoriche riferibili a questa particolare area del sapere giuridico paiono costituire il riflesso delle difficoltà – di ordine teorico, pratico e politico – a cui va incontro chiunque provi a definire contenuto e limiti giuridici della detenzione legale. Un compito, quest'ultimo, reso quanto mai arduo anche dalla complessità della trama normativa che, nel nostro ordinamento, definisce lo statuto giuridico del detenuto; reticolo in cui convivono (spesso prive della necessaria coerenza) previsioni costituzionali, legislative e regolamentari venutesi stratificando nell'arco di numerosi decenni, quasi sempre sotto l'influsso di concezioni politico-criminali disomogenee e talora non insensibili alle suggestioni del contingente¹⁰. A ulteriore riprova della complessità che caratterizza il tema che qui si affronta, non può tacersi del fortissimo grado di interdisciplinarietà che – anche sotto il profilo della sola scienza giuridica – sembra dover caratterizzare ogni sforzo critico/ricostruttivo teso a delineare contenuto e limiti delle prerogative giuridiche del detenuto¹¹. Del resto, come in tempi recenti non si è mancato di ribadire¹², il problema dei diritti e libertà del detenuto investe frontalmente i rapporti tra

¹⁰ Così quasi letteralmente F. PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, Torino, 1997, p. 851 ss. e in particolare p. 865 ss.

¹¹ Così G. DI GENNARO, voce *Penitenziario (diritto)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, XII, 1960, p. 861 ss. Più in generale non è infrequente imbattersi nell'affermazione secondo cui esisterebbero non una, ma diverse scienze penitenziarie, a seconda cioè che ci si accosti al "problema criminale" da una prospettiva psicologica, psichiatrica, sociologica etc.; così, *ex multis*, G. SLIWOWSKI, *Tecnica penitenziaria, politica penitenziaria, diritto penitenziario*, in *Ind. pen.*, 1974, p. 287.

¹² A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2013, p. 1 ss. oggi in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani*, Napoli, p. 15 ss.

libertà individuale e autorità statale¹³, interrogando quindi diversi campi del sapere giuridico a partire dal diritto costituzionale¹⁴.

Inutile negare infine come lo scollamento tra il dettato costituzionale e la legislazione penitenziaria, da un lato, e le prassi carcerarie, dell'altro, abbia favorito una fuoriuscita di ampie aree del fenomeno detentivo dallo studio dedicato dalla scienza giuridica al tema del carcere. Una trascuratezza, questa, che non ha risparmiato, per paradosso, neppure la scienza penalistica, a lungo incline a espungere dal dibattito in tema di pena una riflessione sulle condizioni della detenzione e le prerogative giuridiche attribuite al detenuto. A tale risultato hanno contribuito, numerosissimi fattori di ordine storico e culturale che sembrano afferire *in primis* all'oggetto e al metodo della scienza penalistica, oscillante tra l'aspirazione a ridurre il diritto penale a ermeneutica e dogmatica pura e l'attitudine a ricondurre criticamente il dato positivo entro il quadro dei valori costituzionali. Se per un verso, infatti, la scuola del *tecnicismo giuridico*, professando una rigida separazione tra lo studio delle norme (*rectius* delle disposizioni normative) e le scienze ausiliarie al diritto¹⁵, ha consentito al penalista di ignorare per lungo tempo i risvolti ideologici e sostanziali del diritto penitenziario, per altro verso neppure l'*approccio costituzionale* al diritto penale è parso in grado di colmare lo iato tra le funzioni attribuite alla pena dalla Carta fondamentale e le reali condizioni in cui si svolgeva e si svolge la detenzione legale, prima o dopo la sentenza definitiva di condanna.

Come è stato ben evidenziato, infatti, il dibattito svoltosi in sede di Assemblea Costituente fu prevalentemente assorbito dal timore che il principio secondo cui le pene debbono tendere alla rieducazione del condannato potesse essere inteso nel senso di un'adesione costituzionale ai postulati della Scuola positiva¹⁶. Furono invece lasciati cadere nel vuoto gli emendamenti tesi a introdurre nella Carta fondamentale collegamenti

¹³ Si veda, per tutti, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, *passim*.

¹⁴ Non mancano del resto i punti di intersezione tra diritto *penitenziario* e diritto *amministrativo*; sulla natura amministrativa del rapporto di esecuzione penitenziaria si veda esemplificativamente G. NESPOLI, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*, in *Rass. crim. pen.*, 1981, p. 35 ss. La riflessione in merito alla sussistenza di rapporti (coattivi e volontari) che pongano l'amministrazione in una situazione di speciale supremazia rispetto al destinatario del suo potere ha del resto preso le mosse dallo studio dei "rapporti di servizio" interni alla pubblica amministrazione, cfr. O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, Napoli, 1911, p. 452 ss.

¹⁵ Con varietà di accenti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, p. 4-5; ID., *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione sassarese di Arturo Rocco nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, p. 127 ss.; G. NEPPI MODONA, M. PELLISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, p. 831 ss.: secondo la lettura maggiormente accreditata, la concezione del metodo della scienza penalistica quale mera esegesi del diritto positivo mirava infatti a estromettere dalla scienza del diritto, intesa quale dogmatica pura, qualsiasi considerazione di politica criminale, liberando lo studio delle norme dalle commistione con le (altre) scienze sociali.

¹⁶ G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 41-64.

specifici tra il finalismo rieducativo della pena e "l'ambiente" o il "sistema carcerario": proposte che miravano ad attenuare la latente antinomia tra le istanze di risocializzazione e la privazione della libertà personale nel contesto penitenziario¹⁷. Ciò può forse spiegare perché, almeno nell'immediato periodo post-bellico, la dottrina penalistica abbia trascurato il problema del contenuto della detenzione legalmente inflitta e dei diritti spettanti alle persone private della libertà personale, rivolgendo in prevalenza la propria attenzione al tema delle finalità della pena. Ai fini di una completa ricostruzione non può essere taciuto, al contempo, come l'affermazione costituzionale del principio di umanizzazione delle pene non si sia accompagnata a un'evoluzione del dato legislativo in grado di dare piena attuazione del programma costituzionale: come dimostrato dalla protratta "sopravvivenza" del regolamento penitenziario di cui al r.d. del 18 giugno 1931, il quale ha per lungo tempo perpetuato una concezione del carcere quale luogo impermeabile e isolato dalla società libera, regolato da pratiche penitenziarie intrise di violenza¹⁸ e sordo alle concrete esigenze dei singoli detenuti¹⁹.

Più in generale, il riconoscimento di diritti soggettivi in capo al detenuto è parso a lungo ostacolato da una configurazione teorico-dogmatica dei rapporti tra cittadino e Stato di matrice essenzialmente autoritativa, dove al riconoscimento di un diritto "subiettivo" dello Stato a punire, corrispondeva – a seconda delle impostazioni – un obbligo giuridico per in singolo di sottostare all'esecuzione della pena detentiva, ovvero un semplice onere di assoggettamento alla potestà punitiva statutale²⁰. In altre parole, come torneremo a dire, lo statuto giuridico del condannato a pena detentiva (e quindi non del detenuto *latu sensu* inteso) veniva descritto quale situazione giuridica soggettiva passiva, venendo addirittura relegato "al di fuori del diritto" da quelle concezioni che attribuivano all'intervento punitivo statale una funzione surrogatoria, intendendolo quale sostituto giuridico all'azione del singolo (al quale, in prima battuta, doveva essere affidata la realizzazione

¹⁷ E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 71 ss.

¹⁸ G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 43 ss. secondo il quale la violenza degli agenti penitenziari, insieme alla impermeabilità dei luoghi di custodia e alla struttura burocratica rigidamente verticistica dell'amministrazione penitenziaria, costituisce uno dei tratti di continuità dell'esperienza penitenziaria (disciplina e prassi) dall'Unità sino alla metà degli anni settanta.

¹⁹ Sul punto è sufficiente richiamare le acute considerazioni di T. PADOVANI, voce *Istituti penitenziari*, in *Noviss. dig. it., App.*, Torino, 1983, p. 463, secondo cui "il regolamento Rocco si ricollega a modelli ottocenteschi ispirati al mito ossessivo di un legislatore penitenziario illimitatamente capace di tradurre in formule legali i diversi presupposti, mezzi e modi della finalità rieducativa assegnata alla esecuzione penale". Così anche ID., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 29 e 230 ss.

²⁰ In questo senso, in particolare, le posizioni espresse dalla dottrina penalistica a partire dagli anni trenta del secolo scorso; rinviando al prosieguo dell'analisi una più dettagliata trattazione sul punto basti in questa sede richiamare, per tutti, una tra le prime opere monografiche di G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, soprattutto p. 29 ss.

del *dover essere* normativo espresso dal precetto penale). Agevole comprendere come, in un simile contesto, ben poco spazio residuasse per il riconoscimento e la tutela giurisdizionale di posizioni giuridiche riconducibili alla personalità e alla dignità del detenuto²¹, la cui amministrazione – stante la speciale soggezione dei reclusi rispetto all'amministrazione penitenziaria – continuava ad apparire più una questione di ragioni di Stato che non un adempimento necessario a garantire la pari dignità sociale dei cittadini sancita dall'art. 3 Cost.

Nei paragrafi che seguono si cercherà dunque di illustrare il progressivo mutamento di paradigma che, superando una concezione del sistema penitenziario come ordinamento separato, ha condotto progressivamente a liberare lo statuto giuridico dei detenuti dalla soggezione al potere statale, restituendolo all'area delle libertà costituzionali²². Una piena ricostruzione di tale processo evolutivo, tuttavia, non può non tenere in considerazione l'evoluzione dei presupposti dogmatici che, nella prospettiva della scienza penalistica, hanno consentito di minimizzare le profondissime criticità insite nel rapporto tra diritti fondamentali e pretesa punitiva, in particolare nel rapporto di esecuzione penale. A questo fine si procederà a una trattazione, al contempo, più generica e più specifica di quella generalmente praticata dalle trattazioni sull'argomento: in primo luogo infatti si terrà conto dell'inquadramento che delle relazioni tra individuo e Stato ha offerto la dottrina costituzionalistica (a partire soprattutto dal riconoscimento e dalla garanzia di diritti inviolabili della personalità umana proclamato dall'art. 2 Cost.)²³; in secondo luogo si cercherà di evidenziare il ruolo giocato dalle teorie della pena nella configurazione dei contenuti del regime di detenzione e del trattamento: problema, quest'ultimo, da cui non è possibile prescindere ove si cerchi di definire lo statuto giuridico del detenuto, le sue prerogative individuali e gli strumenti giurisdizionali necessari a tutelarle.

2. Il carcere come ordinamento separato e le posizioni giuridiche del detenuto di fronte all'amministrazione penitenziaria.

Come in tempi recenti non si è mancato di evidenziare, il problema dei diritti del detenuto può essere tematizzato sottoponendo a critica la configurazione dei rapporti

²¹ R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, p. 258 ss. e in particolare p. 267 ss.

²² M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Torino, 2002, p. 15.

²³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, *passim*; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, p. 1 ss.

giuridici di diritto pubblico che intercorrono tra la persona reclusa e l'amministrazione penitenziaria²⁴. In altri termini, prima ancora di cimentarsi con i riflessi che la funzione attribuita alla pena riverbera sul piano del rapporto di esecuzione penale, pare utile delineare il contenuto e la natura della relazione inter-organica che lega l'individuo allo stato-amministrazione²⁵ nell'esercizio della potestà punitiva²⁶. È possibile osservare sin d'ora come siffatta impostazione abbia il merito di valorizzare, in chiave esplicativa, l'influenza esercitata dalle teorie istituzionali dell'ordinamento giuridico nel dibattito relativo al *fondamento* e ai *limiti* delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute ai reclusi. In particolare, non sembra priva di interesse la dimostrazione del significativo ruolo giocato dalla teoria della *supremazia speciale*²⁷ (e dalla teoria degli *ordinamenti interni*, che ne costituisce un'evoluzione) nella giustificazione di significative restrizioni ai diritti delle persone reclusi, compiute talora anche al di fuori delle garanzie riconosciute dalla Costituzione; limitazioni, queste, per lungo tempo giudicate naturale conseguenza del carattere afflittivo della pena in ragione dell'integrale assoggettamento del detenuto al potere punitivo statale²⁸. Pare opportuno provare a prendere le mosse da questa analisi, anche per evidenziarne i difetti e aprire lo spazio a una riflessione sui rapporti tra diritti individuali ed esecuzione penale più attenta ai limiti intrinseci della pretesa punitiva.

A tale fine, ci si soffermerà dapprima sulla teoria della supremazia speciale nel pensiero giuridico italiano, per poi ripercorrerne sommariamente le origini nell'ambito della dottrina pubblicistica di lingua tedesca²⁹, dove essa è stata elaborata per descrivere (e

²⁴ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, cit., p. 12 ss. il quale osserva come la teoria della supremazia speciale che di tali rapporti giuridici ha per lungo tempo costituito la configurazione più diffusa paia in molti casi "costituire la giustificazione più immediata delle analisi, condotte in prospettiva dogmatica, rivolte a legittimare le più disparate restrizioni dei diritti dei reclusi"; nello stesso senso, cfr. C. COLAPIETRO, *La condizione dei carcerati*, in *Diritto e società*, 2006, p. 333 ss..

²⁵ Per il concetto di stato-amministrazione, contrapposto a quelli di stato-comunità e stato-apparato, si rinvia alla migliore dottrina amministrativistica; cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

²⁶ Tale ricostruzione non è peraltro priva di antecedenti storici, parte della dottrina attenta all'evoluzione del diritto penitenziario aveva infatti, in tempi ormai lontani, sostenuto che proprio la categoria concettuale della supremazia speciale potesse spiegare i rapporti interorganici tra cittadino detenuto e amministrazione penitenziaria; cfr. sul punto G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1977, p. 707.

²⁷ Da intendersi come "attribuzione ad un organo della P.A. di poteri discrezionali particolarmente ampi e volti a disciplinare in modo organico una determinata categoria di soggetti, che per ciò stesso vengono a trovarsi in una posizione di subiezione nei confronti della P.A. particolarmente intensa"; cfr. F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, p. 142.

²⁸ Si veda ancora M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, cit., p. 12 ss.

²⁹ Sul punto, si ricorda la teoria tedesca dei *besondere Gewaltverhältnisse*, secondo cui i soggetti sottoposti ad ordinamenti "speciali" (come, nella fattispecie, i detenuti) rinunciano parzialmente ai propri diritti di libertà (H.J. KOCH, R. RUBEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, 1992, p. 93 ss.)

giustificare) l'esistenza di spazi estranei al diritto statale (*rechtsfreien Räume*)³⁰ o comunque regolati – in deroga a quest'ultimo – dai poteri auto-organizzativi dell'amministrazione. Particolarmente influente in Italia è stata la trasposizione della *besonderes Gewaltverhältnis* operata da Santi Romano attraverso la teoria degli ordinamenti interni³¹, dibattuta dalla letteratura di settore sino agli settanta del secolo scorso e centrale ai fini della ricostruzione teorico dogmatica di alcune aree del diritto amministrativo³². Come è noto, la premessa della concezione pluralistica romaniana risiede nell'identificazione, di stampo anti-normativista, tra la nozione di ordinamento giuridico e quella di istituzione, intesa come organizzazione sociale capace di darsi norme e di farle rispettare³³. Da siffatta concezione può farsi discendere il "corollario" secondo cui vi sarebbero tanti ordinamenti quante sono le istituzioni presenti all'interno di un medesimo "sistema" giuridico³⁴, cosicché la stessa organizzazione dello Stato potrebbe ritenersi articolata in molteplici ordinamenti interni³⁵; quanto meno ove si sia in presenza di enti dotati di autonomi poteri normativi e disciplinari³⁶.

Una volta ammessa l'esistenza di ordinamenti interni all'organizzazione statale, si arriva così a delineare un quadro teorico-generale in grado di ipostatizzare il regime di soggezione che caratterizza il rapporto tra l'ordinamento separato e cittadini interessati dall'esercizio dell'autonomia regolativa di quest'ultimo. In definitiva, malgrado i dubbi che

³⁰ H. COMES, *Der rechtsfrei Raum*, Berlin, 1976, in particolare p. 107 ss.; e in prospettiva penalistica T. MÜLLER, *Die Lehre vom rechtsfreien Raum im Lichte des Suizids: eine strafrechtsdogmatische, rechts- und moralphilosophische Studie am Grenzbereich des Rechts*, Frankfurt am Main, 1999.

³¹ A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, 1953, p. 175 ss.

³² Per un'applicazione della teoria degli ordinamenti interni si vedano G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 369 ss.; E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 422 ss. Terreno privilegiato per sperimentazione normativa della teoria in discorso è stato comunque l'ordinamento militare; sul punto, *ex multis*, cfr. A. M. SANDULLI, *Disciplina militare e valori costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 648 ss. In prospettiva critica si veda V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962.

³³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, III ed., Firenze, 1977, p. 40 ss.

³⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 127 ss.; peraltro, in merito alla non biunivocità tra pluralismo e teoria del diritto come istituzione, si vedano le luminose pagine di N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 25 ss.

³⁵ Sennonché, non senza apparente contraddizione, nella prospettiva di Romano gli ordinamenti interni a quello statale – e tra essi l'ordinamento penitenziario – pur rimanendo "indifferenti" al primo, ne sarebbero interamente dominati; cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, cit., p. 15; R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milano, 1988, p. 28 e ss. Sul punto, peraltro, vedi ancora N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., p. 42-43 secondo il quale il "pluralismo moderato" di Romano non sarebbe incompatibile con l'ideologia statualista che pure permea il pensiero dell'Autore, al punto da portarlo a definire lo Stato, significativamente, quale "istituzione delle istituzioni".

³⁶ Richiama correttamente la distinzione tra ordinamenti interni *solo per ambito di efficacia* e ordinamenti interni *anche per quanto riguarda le loro fonti*, V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., p. 49 ss. Sul punto ancora, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 180.

da sempre accompagnano l'interpretazione del concetto di "ordinamento interno"³⁷ (e l'ambiguità che contraddistingue le relazioni tra quest'ultimo e l'ordinamento generale³⁸), l'approdo a cui perviene l'impostazione in discorso consiste nel riconoscere un'ampia libertà d'azione all'amministrazione nei confronti delle persone sottoposte alla sua potestà regolamentare e disciplinare. Del resto, come è stato evidenziato, il filo conduttore che attraversa l'intero itinerario teorico lungo il quale si snoda la teoria citata sembra potersi riassumere nella "necessità di dare conto di una serie di figure e istituti accomunati dalla caratteristica di riferirsi a rapporti considerati distinti da quelli intercorrenti tra Stato e individuo, atomisticamente intesi"³⁹. Con maggiore precisione, in forza della ricostruzione dianzi citata, l'istituzione autonoma finirebbe per essere esonerata dal rispetto di taluni diritti costituzionalmente garantiti, il cui contenuto risulterebbe in tutto o in parte comprimibile mediante l'esercizio della potestà regolamentare riconosciuta all'ente.

Tanto premesso, non sorprende che la dottrina sia stata indotta a configurare lo statuto giuridico delle persone detenute facendo ricorso alla teoria degli ordinamenti interni⁴⁰. Nessun dubbio, infatti, poteva avanzarsi in merito all'autonomia dell'ordinamento penitenziario rispetto a quello comune, stanti le finalità perseguite dall'amministrazione carceraria e il conferimento a quest'ultima di poteri disciplinari e regolamentari in grado di incidere su libertà di rango costituzionale⁴¹. Quanto alla soggezione dei detenuti, questa, come già anticipato, trovava conferma nella scarsissima tutela giurisdizionale accordata dal legislatore alle posizioni giuridiche soggettive dei reclusi, il cui stesso statuto, d'altronde, appariva incerto e comunque condizionato al perseguimento della prioritaria funzione di difesa sociale avuta di mira dalla pena detentiva. In altre parole, come autorevole dottrina amministrativistica ha avuto modo di evidenziare, l'influenza esercitata dalla teoria degli ordinamenti interni sulla riflessione in

³⁷ V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., p. 25 ss. il quale nota come gli ordinamenti interni "rimangono sostanzialmente fuori dalla problematica fondamentale della tesi romana che forse proprio per questo vi dedica solo un'attenzione marginale".

³⁸ Cfr., ancora, R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, cit., p. 28.

³⁹ R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, cit., p. 27.

⁴⁰ Per un'accurata ricostruzione degli orientamenti dottrinali si veda L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amm.*, 1994, p. 9 ss. e in particolare p. 26 ss. cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴¹ G. NESPOLI, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*, in *Rass. pen. crim.*, 1981, p. 40: "chi accede alla teoria della molteplicità, nell'unità, degli ordinamenti che, rispetto ad altre, è più saldamente ancorata alla realtà, è portato a considerare l'ordinamento penitenziario come un ordinamento logicamente differenziato (anche se in teoria non chiuso) e, perciò, particolare, che impone difficili compiti alle autorità amministrative per garantire certe valenze dell'ordinamento generale, pur di tipo essenziale, che si riannodano al soggetto singolo in sé. Il potere amministrativo penitenziario si manifesta, dunque, in tutta quella molteplicità di forme che è congeniale a quel microcosmo chiuso [sic] che è il carcere".

tema di diritto penitenziario ha contribuito a consolidare il diffuso convincimento che "la sospensione delle libertà per effetto della carcerazione comporta anche la sottoposizione del condannato a regole speciali, che vogliono la sua completa soggezione non solo a tali regole, ma anche a coloro che le fanno rispettare"⁴².

Del resto, non è un mistero che – almeno fino all'entrata in vigore della legge 26 luglio 1975 n. 354 – la disciplina delle forme di restrizione della libertà risultasse contrassegnata da un complessivo disinteresse per i diritti individuali dei detenuti, a tutto profitto delle esigenze di organizzazione penitenziaria e delle istanze di ordine e sicurezza ad essa correlate⁴³. In un simile quadro risultava agevole equiparare – pur non senza riserve – l'azione dell'amministrazione penitenziaria a quella degli altri organi dello Stato-amministrazione, individuando i soli principi del buon andamento e dell'imparzialità quali limiti posti a garanzia dell'obiettività e della neutralità dell'amministrazione innanzi "a situazioni conflittuali intersubiettive"⁴⁴. In questa prospettiva, dunque, il rapporto di esecuzione doveva concepirsi quale diretta manifestazione di un potere amministrativo, chiamato a estrinsecarsi in provvedimenti che, pur operando in deroga all'ordinamento comune⁴⁵, traevano la propria legittimità dalle primarie finalità di interesse pubblico perseguite: da un lato, la funzione di difesa sociale insita nell'esercizio della potestà punitiva; dall'altro, lo scopo "pedagogico" affidato alla pena dal principio costituzionale di rieducazione del condannato⁴⁶.

In altre parole, una lettura radicale della teoria degli ordinamenti interni ha condotto a ritenere che le situazioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento generale potessero essere degradate o del tutto comprese per effetto dell'esercizio della

⁴² G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, p. 355.

⁴³ T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza nei penitenziari: un'evasione dalla legalità*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 286 ss.

⁴⁴ G. NESPOLI, *Ciò che resta allo stato-amministrazione dopo la legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976, col. 254 ss. e in particolare col. 255 ove peraltro si accenna alla attenuazione della discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria ad opera del legislatore della riforma che ha per un verso posto nel nulla il potere dell'amministrazione di configurare autonomamente illeciti disciplinari ed ha sottoposto taluni provvedimenti al controllo giurisdizionale del magistrato di sorveglianza attivato dal ricorso dell'interessato.

⁴⁵ G. NESPOLI, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*, cit., p. 39 secondo il quale nei poteri dell'amministrazione penitenziaria risiede, *in parte qua*, lo stesso l'esercizio della potestà punitiva concreta; potestà che il suo titolare istituzionale, l'autorità giudiziaria, delega "per intuibili ragioni organizzativo-operative" allo "stato che amministra"; l'attività dell'amministrazione penitenziaria presenterebbe del resto "tutti i modi di essere e di manifestarsi del potere amministrativo considerato nella sua essenza giuridica: natura volitiva, intellettuale, operativa, di volta in volta a seconda delle esigenze, danno corpo e colore ai molteplici provvedimenti amministrativi che costituiscono la emanazione di questo potere che, nel suo complesso, è diretto al perseguimento delle finalità difensive e risocializzanti".

⁴⁶ G. NESPOLI, *Riflessioni sulle posizioni soggettive nel rapporto d'esecuzione penitenziaria*, in *Giust. pen.*, 2000, col. 446 ss.

discrezionalità attribuita all'amministrazione penitenziaria⁴⁷. Si è in tal modo giunti ad affermare il criterio della ponderazione tra situazioni giuridiche soggettive dei detenuti e interesse pubblico primario rappresentato dalle esigenze di difesa sociale e rieducazione. Vi è così chi ha potuto affermare che "nel superiore interesse della sicurezza e dell'ordine, clima d'altra parte richiesto dall'ordinamento penitenziario (art. 1 comma 3), sono esposte a degradazione posizioni soggettive che trovano il loro addentellato garantistico anche in norme costituzionali"⁴⁸. Nella medesima prospettiva si è poi invocata l'autonomia organizzativa dell'ente per giustificare l'adozione di provvedimenti in grado di incidere sulle libertà fondamentali del detenuto: si pensi, per tutti, al potere dell'amministrazione di trasferire i detenuti da un istituto all'altro *ex art. 42 ord. penit.* Secondo la ricostruzione evocata, atti come quello appena richiamato perseguirebbero infatti "un mero interesse dell'apparato", degradando le posizioni giuridiche dei soggetti riguardati dalla loro adozione al rango di interessi legittimi⁴⁹.

Simili approdi interpretativi non suscitano stupore ove si consideri che neppure la legge sull'ordinamento penitenziario, a giudizio di taluni, era stata in grado di attenuare la rigida burocratizzazione dell'amministrazione carceraria, fattore che aveva a lungo operato da freno all'operatività dei principi costituzionali all'interno del carcere⁵⁰. Anticipando quanto si dirà in seguito, può inoltre osservarsi come il processo di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva innescato dalla legge 26 luglio 1975 n. 354 abbia condotto solo in tempi recentissimi all'introduzione di strumenti processuali in grado di assicurare una tutela integrale delle prerogative giuridiche delle persone reclusi⁵¹. In forza del principio

⁴⁷ In prospettiva critica, si veda L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 30-31 secondo il quale il nesso tra teoria degli ordinamenti interni e rapporto di supremazia speciale non andrebbe enfatizzato, poiché se "per un verso nella teoria romaniana l'idea di ordinamento interno ha un valore eminentemente descrittivo, per altro verso, la pluralità degli ordinamenti ha più il valore autonomistico del radicamento nell'ordinamento originario del fondamento di quello corrispondente ad un livello superiore di autorità che non quello di esentare gli ordinamenti derivati dal rispetto delle insopprimibili ed originarie libertà".

⁴⁸ Così, ad esempio, le posizioni soggettive interessate dall'adozione di provvedimenti che sottopongono il detenuto al regime di sorveglianza speciale, *ex art. 4-bis ord. penit.*, ovvero ancora le posizioni giuridiche di cui il decreto ministeriale sospose in forza del decreto adottato ai sensi dell'art. 41-bis ord. penit.

⁴⁹ G. NESPOLI, *Riflessioni sulle posizioni soggettive nel rapporto d'esecuzione penitenziaria*, cit., col. 448. La bipartizione proposta nel testo ricalca lo schema affermato dal notissimo arresto Corte cost. n. 26 del 1999 secondo il quale la tutela dei diritti che possono subire pregiudizio per effetto: a) del potere dell'Amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; b) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere.

⁵⁰ G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO, *Carcere e società*, Venezia, 1976, p. 63 ss. e in particolare p. 75-78.; ID., *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, vol. V, *I documenti*, Torino, 1973, p. 1916. Sul punto si veda oggi E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 369 ss.

⁵¹ Si vedano, all'interno di un'ampia bibliografia, i contributi di F. FIORENTIN, *L'esecuzione penale e il rapporto di esecuzione*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 7 ss.; M. BORTOLATO, *Le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 47 ss.

della tassatività dei mezzi di impugnazione si è infatti a lungo esclusa la possibilità di proporre reclamo contro provvedimenti quali il diniego di colloqui e l'imposizione del visto sulla corrispondenza, stante la mancata previsione di specifici rimedi azionabili da parte del detenuto innanzi al Magistrato di sorveglianza. Del pari, si è negato il diritto a ricorrere per Cassazione *ex art. 111 c. 7 Cost.* contro i provvedimenti citati, trattandosi di atti di natura amministrativa inidonei a incidere sulla libertà personale del detenuto⁵².

Di converso, ove si ritenga che l'atto dell'amministrazione produca un affievolimento del diritto soggettivo in un mero interesse legittimo, si potrà ravvisare nel giudice amministrativo l'organo giurisdizionale competente a conoscere le violazioni di situazioni giuridiche dei detenuti addebitabili all'opera dell'amministrazione⁵³. Rinviano alla successiva trattazione sul punto, ci si può qui limitare ad osservare come l'interpretazione dell'ordinamento penitenziario progressivamente imposta dagli interventi della Corte costituzionale in materia, abbia condotto a un superamento della tradizionale partizione tra diritti e interessi legittimi⁵⁴, consolidando il principio della giurisdizione

⁵² Cass., sez. I, 14 luglio 1994, *Ilacqua*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3067; Cass., sez. I, 27 febbraio 1993, *Sena*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1358 Cass., sez. I, 5 dicembre 1991, *Vallanzasca*, *ivi*, 1993, 434; Cass., sez. I, 30 novembre 1989, *ivi*, 1991, I, p. 822: "Il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza dispone, a norma dell'art. 18 l. 26 luglio 1975, n. 354, che la corrispondenza di un detenuto sia sottoposta al visto di controllo, non è impugnabile, né reclamabile davanti al tribunale di sorveglianza stante la tassatività nel nostro ordinamento giuridico dei mezzi d'impugnazione e la mancata previsione, nella legge suddetta, di alcuno di questi. Il provvedimento di che trattasi non è, neppure, ricorribile per cassazione, *ex art. 111 comma 2 Cost.*, atteso che esso non è riconducibile nel novero dei provvedimenti inerenti alla libertà personale". In questo senso, inoltre, C. cost. 13 aprile 1994, n. 142, in *Giur. cost.*, 1994, 1130, secondo la quale "[è] manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli art. 2, 3, 15 e 29 Cost., dell'art. 18 comma 8 l. 26 luglio 1975 n. 354 (Ordinamento penitenziario), nella parte in cui non prevede che i provvedimenti di diniego dell'autorità procedente per i permessi di colloquio debbano essere motivati e soggetti a reclamo".

⁵³ G. ZAPPA, *Censura della corrispondenza dei detenuti: profili di incostituzionalità*, in *Rass. pen. crim.*, 1987, p. 522; sembra ammettere la presenza di posizioni di interesse legittimo nel rapporto penitenziario e la proponibilità del relativo ricorso avanti al giudice amministrativo F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria* in *Giur. merito*, 2010, p. 2810 ss. Peraltro, in dottrina, non sono mancate critiche al tentativo di "distinguere tra ciò che è tutelabile e ciò che non lo è, passando per le categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo", destinato "al sicuro fallimento". La linea di confine sembra piuttosto doversi rinvenire nella distinzione tra "posizioni giuridicamente tutelate" e "aspettative di mero fatto"; cfr. sul punto A. MARCHESELLI, *Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca di effettività*, *Giur. mer.*, 2006, p. 21 ss. Peraltro, per quanto specificamente concerne la disciplina relativa alla corrispondenza dei detenuti parrebbero non esservi più dubbi in merito alla sua classificazione come diritto soggettivo dopo che la legge 8 aprile 2004 n. 95 ha introdotto con l'art. 18-ter ord. penit. "la nuova disciplina delle finalità, dei limiti oggettivi e temporali e della competenza all'adozione dei provvedimenti che comprimono il diritto alla segretezza della corrispondenza e dei relativi mezzi di impugnazione"; sul punto si veda F. FERRINI, *Corrispondenza dei detenuti: da interesse legittimo a diritto soggettivo*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 2623 ss.

⁵⁴ F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, p. 2810 ss.: "Si tratta, a ben considerare, di una posizione che risente della concezione tradizionale della giustiziabilità delle posizioni soggettive, laddove, alla luce di una moderna concezione della giurisdizione esclusiva del MdS in materia di trattamento penitenziario, la tradizionale partizione tra diritti e interessi legittimi perde consistenza, dal momento che tutte le lesioni delle posizioni soggettive dei detenuti incise per effetto del trattamento penitenziario sono suscettibili di tutela concentrata presso il magistrato di sorveglianza. Si tratta di una sottolineatura importante, che l'estensore del

esclusiva del Magistrato di sorveglianza in tema di trattamento carcerario⁵⁵. Quale pregnante riflesso della evoluzione appena richiamata, le posizioni giuridiche del detenuto debbono quindi essere riguardate quali diritti soggettivi e, come tali, risultano fruibili senza limitazioni di sorta potendo venire comprese solamente nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge⁵⁶. Quest'ultima considerazione apre lo spazio a una riflessione in merito alla potestà normativa dell'ordinamento sezionale che, proprio in quanto diretta incidere su libertà del cittadino variamente presidiate dalla riserva di legge non potrebbe andare esente dal rispetto dei caratteri di tipicità e normatività imposti anche dall'art. 97 Cost⁵⁷.

3. *La teoria della supremazia speciale e i poteri disciplinari dell'amministrazione penitenziaria.*

Come si è già avuto modo di accennare, la teoria della supremazia speciale nasce e si struttura per offrire una configurazione dogmatica al rapporto di soggezione che dovrebbe

provvedimento in rassegna non manca di evidenziare, richiamando la sentenza costituzionale n. 26 del 1999 ed osservando che, nell'ambito della giurisdizione esclusiva attribuita al MdS, la tradizionale distinzione tra diritti ed interessi legittimi assuma rilievo del tutto marginale nell'ambito del trattamento". Del resto, la distinzione tra diritti ed interessi legittimi "assume rilievo del tutto marginale nell'ambito del trattamento, una volta che alla magistratura di sorveglianza venga riconosciuta una cognizione esclusiva nella specifica materia, non potendo - oltre tutto - qualificarsi la funzione assegnata a tale magistratura come ordinaria giurisdizione di annullamento. Ciò spiega perché la Corte, dopo aver constatato che, nonostante l'ordinamento penitenziario non abbia esplicitamente e compiutamente risolto il problema dei rimedi giurisdizionali idonei alla tutela dei diritti dei detenuti, ha ravvisato nel sistema un 'assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria"', Cass., sez. un., sent. 26 febbraio 2003 in *Cass. pen.*, 2004, p. 1362 ss.

⁵⁵ Sul punto vedi Corte cost. sent. n. 26 del 1999 in *Foro amm.*, 2000, p. 1185 ove i giudici costituzionali i giudici costituzionali stigmatizzando avevano affermato la titolarità di diritti inviolabili in capo alle persone detenute si accompagna alla correlativa attribuzione di un potere di farli valere di fronte a un giudice in un procedimento avente cadenze autenticamente giurisdizionali, secondo un'impostazione che valorizza i requisiti procedurali minimi di contraddittorio, stabilità della decisione giudiziaria, e impugnabilità di questa con ricorso per cassazione.

⁵⁶ Malgrado questi significativi approdi restano aperti molteplici interrogativi quali: l'individuazione delle posizioni soggettive dei detenuti oggetto della tutela *ope iudicis*; gli strumenti giurisdizionali di tutela concretamente attivabili; l'ampiezza del controllo del magistrato di sorveglianza sull'atto amministrativo che si assume lesivo. Sul punto L. TARANTINO, *Trattamento rieducativo e nuove prospettive nella tutela dei diritti del detenuto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012 p. 641 ss.

⁵⁷ L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 32. Quanto al rispetto del principio di legalità in questo settore e all'imposizione di rigidi vincoli alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, è utile ricordare la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 agosto 1984, ric. n. 8691/79), *Malone c. Regno Unito*, secondo cui in questioni che incidono sui diritti fondamentali "it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference".

legare il cittadino detenuto all'amministrazione penitenziaria. Al pari della teoria degli ordinamenti interni, delle cui implicazioni si è cercato di dare conto nel paragrafo precedente, l'impostazione in discorso si caratterizza – nelle sue diverse possibili declinazioni⁵⁸ – per la pretesa idoneità a far sorgere in capo all'amministrazione "poteri liberi" in relazione a particolari situazioni di speciale soggezione del cittadino⁵⁹. Nella versione maggiormente accreditata (c.d. configurazione oggettivistica dalla supremazia speciale) il potere di auto-organizzazione attribuito alla amministrazione legittimerebbe l'esercizio di "potestà disciplinari o regolamentari connotate da discrezionalità latissima o libertà" e quasi interamente sottratte a sindacato giurisdizionale⁶⁰. Più in particolare, un ricco filone dottrinale che affonda le proprie radici anche in autorevole letteratura penalistica di fine ottocento⁶¹, ritiene di poter fondare il rapporto di supremazia speciale nell'attribuzione di un'autonoma potestà disciplinare all'ente, differenziandone le regole da quelle che astringono la potestà punitiva dello Stato⁶².

Queste dottrine, negando che il potere disciplinare dell'organizzazione possa trovare il suo fondamento nel più generale magistero punitivo statale, finiscono per ricercarne l'origine nei supposti "poteri liberi" dell'amministrazione⁶³. In questa prospettiva, dunque, la situazione di speciale supremazia dell'amministrazione nei confronti di quanti risultano soggetti al suo potere troverebbe una propria manifestazione nell'esercizio di poteri di polizia intesi a preservare l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere⁶⁴. In altre parole,

⁵⁸ Sul punto si veda A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., p. 25 ss.

⁵⁹ A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., p. 106: "il concetto di supremazia speciale, elevato a categoria di genere e comprensivo di realtà giuridiche appartenenti ai più diversi campi, viene costituito come figura separata e distinta del rapporto generale di sovranità". Così già P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen*, 1911, vol. I, p. 431 ss. e 484 ss.

⁶⁰ A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., p. 137 ss.; L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 28 nota 36. Per una critica alla configurazione dei rapporti di supremazia speciale come riflesso di una "pretesa potestà autorganizzatoria propria di ogni organismo autonomo", si veda F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, p. 137 ss. e in particolare p. 163.

⁶¹ H. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1888, p. 10 ss., p. 872 ss.; K. PREGER, *Die Ordnungstrafe im Reichsrecht*, in *Archiv für öffentlichen Recht*, 1892, p. 365 ss.

⁶² In merito alla distinzione tra potestà punitiva statutale e autonomi poteri disciplinari dell'ente, si veda per tutti F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1932, p. 370; e in Italia C. VITTA, *Il potere disciplinare*, Milano, 1913, p. 38 ss. Sul legame tra potestà disciplinare e natura *sui generis* del rapporto di servizio, cfr. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen*, cit., p. 485: "die Die Disciplinarfolgen der Pflifchverletzung nicht auf der öffentlichen Strafgewalt des Staates, sondern auf der Dienstherrlichkeit auf den Gewalverhältnis zwischen Staat und Staatsdiener beruhen".

⁶³ Un simile filone dottrinale si interseca con quelle interpretazioni che ravvisano nella discrezionalità amministrativa la peculiarità della potestà disciplinare; cfr. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München-Leipzig, 1924, Vol. II, p. 193 ss.; riferimenti anche in V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., p. 317. Per una critica all'impostazione richiamata, si veda C. A. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, p. 48 ss.

⁶⁴ Come sottolinea E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, cit., p. 349 ss. "questo potere non deve essere confuso con il tradizionale potere disciplinare delle amministrazioni nei confronti dei propri

attraverso il richiamo alle peculiarità del potere sanzionatorio riconosciuto all'amministrazione si è giunti a ribadire l'esistenza di una relazione di diritto pubblico che relegherebbe il carcerato in una posizione di speciale soggezione rispetto allo Stato. A ben vedere, infatti, una attenta analisi delle funzioni assegnate al regime disciplinare cui sono soggetti i detenuti, evidenzia la peculiare natura del potere sanzionatorio penitenziario rispetto al comune potere disciplinare delle amministrazioni: la potestà dell'amministrazione penitenziaria sembra distinguersi, difatti, per la particolare natura dei suoi *destinatari* che, a differenza di quanto accade per il tradizionale potere disciplinare amministrativo, sono soggetti esterni all'amministrazione stessa⁶⁵.

La peculiarità del regime disciplinare a cui sono assoggettati i detenuti, risiede però anche nelle *funzioni* da esso assolte⁶⁶, poiché l'irrogazione di misure a carattere sanzionatorio da parte dell'amministrazione sembra legarsi indissolubilmente agli obiettivi perseguiti dall'attività trattamentale e di rieducazione⁶⁷. Sebbene, infatti, a differenza del progetto di riforma Gonella⁶⁸ il legislatore della riforma penitenziaria non abbia esplicitamente previsto che il regime disciplinare debba considerarsi "parte integrante del trattamento penitenziario"⁶⁹, si può ritenere che tale orizzonte teleologico risulti implicitamente richiamato dalla formula di cui all'art. 36 ord. penit., in base al quale tale regime deve essere "attuato in modo da stimolare il senso di responsabilità e la capacità di

dipendenti. Le differenze non riguardano soltanto i contenuti e l'intensità dei due regimi, ma soprattutto i destinatari: l'amministrazione, in via generale, può esercitare un potere disciplinare nei confronti di soggetti interni alla stessa amministrazione, chiamati a rispettare codici di comportamento in genere allegati ai contratti di assunzione; l'amministrazione penitenziaria dispone, invece, di un potere disciplinare ulteriore, che ha come destinatari soggetti esterni all'amministrazione (i detenuti) e che ha finalità diverse da quelle tradizionali, poiché strettamente legate alle attività di trattamento e rieducazione della popolazione carceraria".

⁶⁵ E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, cit., p. 369 ss.

⁶⁶ Sulla *ratio* e la nozione della sanzione disciplinare come conseguenza della violazione di doveri di comportamento che discendono da *qualifiche* o *status* attribuiti mediante provvedimento amministrativo, si veda C. A. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989, p. 53.

⁶⁷ E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, cit., p. 349 ss.; G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, cit., p. 704.

⁶⁸ Il disegno di legge intitolato "Ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minorile" può leggersi in *Rassegna di studi penitenziari*, IV, 1960, p. 177 ss.

⁶⁹ G. GAETANO, *Governo disciplinare negli istituti di pena*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1968, p. 854; E. LOI, N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., p. 84 ss.; nonché, da ultimo, M. PISANI, *Ricompense e premi nella disciplina carceraria per gli adulti*, in *Criminalia*, 2010, p. 71 ss. Si veda però in merito al carattere puramente afflittivo di talune sanzioni disciplinari "anche per le loro ripercussioni negative sulla concessione di vari benefici penitenziari" M. G. COPPETTA, *commento all'art. 39* in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 440 ss.; F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo II, Milano, 2007, p. 811: "la sanzione disciplinare costituisce una 'macchia' di cui viene fatta menzione nella cartella personale del detenuto (art. 26 comma 3 e 81 comma 8 reg. ord. penit.), con intuibili ripercussioni negative sulla concessione dei benefici penitenziari".

autocontrollo"⁷⁰. Può dunque accreditarsi l'idea che la sanzione disciplinare svolga una funzione confermativa delle finalità della pena (un tempo di natura esclusivamente retributiva e deterrente, e oggi anche risocializzatrice) riflettendosi in una maggiore libertà dell'amministrazione nell'esercizio della propria potestà punitiva⁷¹. Difatti, ove si dia per scontato il carattere obbligatorio del trattamento rieducativo, le garanzie sostanziali e processuali a tutela del detenuto potranno ricevere adeguata protezione solo nella misura in cui ciò non ostacoli il perseguimento della finalità di risocializzazione; obiettivo che, come detto, lo stesso regime disciplinare mira a conseguire⁷².

In forza del rapporto di supremazia speciale, il margine di apprezzamento riconosciuto in materia disciplinare finirebbe così per riverberarsi sull'intera architettura dei poteri dell'amministrazione penitenziaria, sottraendoli al rispetto dei diritti fondamentali. Così ad esempio, in materia disciplinare le istanze legate al diritto di difesa non paiono adeguatamente soddisfatte posto che il detenuto, dopo la contestazione dell'addebito, è bensì ammesso ad esporre le proprie discolpe ma può farlo "non già di fronte a chi deve giudicarlo, [ma] a chi lo accusa per punirlo"⁷³; nella medesima prospettiva, il legislatore non ha previsto la garanzia del *ne bis in idem* in tema di sanzioni disciplinari e lascia dunque aperta la possibilità che il detenuto possa essere punito due (o più) volte per i medesimi fatti⁷⁴. Da ultimo, l'area di discrezionalità dell'amministrazione è venuta dilatandosi per effetto dell'attenuazione del principio di determinatezza e tassatività

⁷⁰ G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, cit., p. 710: "Nel senso sopra chiarito va inteso il termine disciplina che figura nel 3° comma dell'art. 1 della legge 26 luglio 1975, n. 354. Essa costituisce il clima essenziale in cui è vitale ed operante ogni iniziativa intesa a risocializzare".

⁷¹ In merito alla inclusione nel programma trattamentale dei provvedimenti punitivi (sanzioni disciplinari, ma anche regime di sorveglianza particolare e sospensione delle normali regole del trattamento), si veda L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Diritto penitenziario*, Milano, 2000, p. 77 ss.

⁷² L. STORTONI, *Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., p. 31 e ss. e in particolare p. 42 ss. e 47 ss: "in quest'ottica il legislatore tenendo conto della copiosa dottrina sul tema, volendo attribuire alla pena funzione rieducativa, poteva, e a nostro avviso doveva, armonizzare i due termini della questione sancendo espressamente, innanzi tutto, che la rieducazione si attua, in primo luogo attraverso il riconoscimento per il detenuto e lo scrupoloso rispetto di tutti i diritti che adesso competono in quanto cittadino ad esclusione unicamente di quelli il cui sacrificio è strettamente connesso alla privazione di libertà".

⁷³ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 236. Contro una sanzione disciplinare irrogata in modo illegittimo il detenuto può, comunque, proporre reclamo dinanzi alla magistratura di sorveglianza, il cui controllo riguarda però soltanto profili di legittimità e non anche di merito (ad esempio, non può essere richiesto un riesame degli elementi probatori o della scelta dell'amministrazione di applicare una certa sanzione prevista dalla legge). In argomento si legga pure M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 234.

⁷⁴ Risultando in tal modo in contrasto con l'art 63 della Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee: "un detenuto non dovrà mai essere giudicato o punito due volte per la stessa azione o comportamento". Al riguardo, si veda già V. GREVI, *Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento penitenziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 537 ss. e in particolare p. 567 nota 51.

nell'ambito del sistema disciplinare. Malgrado l'estensione ad opera della riforma penitenziaria del principio di legalità alle infrazioni disciplinari, infatti, la portata garantistica di tale principio è stata a lungo depotenziata a causa del rinvio al regolamento di esecuzione, anziché alla legge, quale sede deputata a individuare i fatti espressamente previsti come infrazioni⁷⁵.

Non sfugge, comunque, come malgrado la soluzione di tecnica legislativa fatta propria dalla legge 354 del 1975, il regolamento penitenziario del 2000 abbia opportunamente introdotto un'elencazione delle ipotesi di rilevanza disciplinare (cfr. art. 77 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230), "al fine di tutelare il detenuto da possibili arbitrii dell'amministrazione e conferire trasparenza all'azione di quest'ultima"⁷⁶. Il *vulnus* al principio di tassatività e il pregiudizio alla garanzia della tipizzazione degli illeciti disciplinari vengono comunque solo in parte superati poiché, pur essendo enunciati dalla legge penitenziaria, tali principi risultano nei fatti facilmente aggirabili sia attraverso l'esercizio della potestà regolamentare da parte dell'amministrazione penitenziaria⁷⁷, sia attraverso gli ampi margini di interpretazione lasciati aperti dall'estrema genericità che caratterizza alcune fattispecie disciplinari⁷⁸. Non può tacersi inoltre come, nell'attuale assetto della legislazione penitenziaria, resti impregiudicata la possibilità per l'amministrazione di utilizzare il meccanismo dei trasferimenti con finalità *latu sensu* disciplinari⁷⁹, unitamente al ricorso alla forza fisica e ad altre misure coercitive necessarie a ripristinare l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto⁸⁰. A ciò va aggiunta la previsione

⁷⁵ Così V. GREVI, *Introduzione*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 31; M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, cit., in *ibidem*, p. 231 ss.

⁷⁶ F. FIORENTIN, *Il procedimento disciplinare illegittimo non preclude la valutazione del fatto ai fini della liberazione anticipata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1634 ss.

⁷⁷ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 30

⁷⁸ F. FIORENTIN, *Il procedimento disciplinare illegittimo non preclude la valutazione del fatto ai fini della liberazione anticipata*, cit., p.1635.

⁷⁹ Sul punto si veda A. ESPOSITO, *Il trasferimento dei detenuti tra istanze di tutela ed esigenze di sicurezza: il punto di vista dell'Europa*, in *I diritti dell'uomo*, 2012, p. 29 ss. a cui si rinvia anche per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU.

⁸⁰ Al riguardo l'art. 41 c. 1 ord. penit. stabilisce che "non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti". Già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma penitenziaria la dottrina non aveva mancato di stigmatizzare l'eccessiva genericità dei presupposti per il ricorso alla forza fisica, mettendo in guardia dal rischio di "un uso ancora più discrezionale della violenza e della coercizione fisica". E. LOI, N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., p. 91. Secondo una ormai consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, "in respect of a person deprived of his liberty, recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3"; cfr. *ex multis* Corte EDU, sent. 6 settembre 2007, Kucheruk c. Ucraina, § 131; sent. 20 giugno 2002, Berlinski c. Polonia, § 59; sent. 10 ottobre 2000, Satik e altri c. Turchia, §54.

di un penetrante potere di perquisizione personale riconosciuto all'amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 34 ord. penit.⁸¹.

Quanto detto sin qui in merito al presunto rapporto di soggezione speciale richiede ora di essere sottoposto a una breve disamina critica alla luce dei principi costituzionali. Al riguardo, occorre anzitutto rimuovere il "pregiudizio interpretativo"⁸² consistente nel ritenere che talune limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali del detenuto siano conseguenza diretta dello stato di detenzione in cui versa il cittadino. Per un verso, infatti, la logica istituzionalistica degli "ordinamenti interni" sembra ormai superata dalla riconduzione di questi ultimi all'ordinamento generale, "rispettoso dei diritti sostanziali e processuali dei cittadini"⁸³; per altro verso, il dogma della supremazia speciale appare scalfito dalla piena operatività dei principi costituzionali e, in particolare, del principio di uguaglianza. Del resto, anche ove si ammettesse l'esistenza di un potere di supremazia esercitato dallo Stato nei confronti dei detenuti, ciò non varrebbe a trasformare questi ultimi in soggetti di un ordinamento diverso da quello statale, in virtù soprattutto delle disposizioni costituzionali che sanciscono il superamento degli ordinamenti settoriali attraverso il già richiamato principio di eguaglianza (art. 3 Costi.) e del riconoscimento all'individuo dei diritti fondamentali inviolabili ad esso garantiti come singolo e nelle formazioni nelle quali si svolge la sua personalità (art. 2 Costi.)⁸⁴.

Neppure l'attribuzione di un potere disciplinare asseritamente sottratto al rispetto dei principi dell'ordinamento penale consentirebbe di ritenere il detenuto soggetto a una speciale supremazia dell'amministrazione penitenziaria. Più in particolare tale potere, preordinato "al raggiungimento delle finalità per cui si costituisce l'ente" non legittima alcuna "compressione delle libertà insopprimibili" del detenuto, giacché queste ultime

⁸¹ Sul punto, anche con riferimento ai profili di tensione tra questa disposizione e le garanzie di cui all'art. 13 Cost. si veda M. RUOTOLO, *L'effettività rinnegante della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4113 ss. Sull'obbligo di motivazione (e di relativa documentazione) gravante in capo all'amministrazione penitenziaria e necessario a consentire l'esercizio del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di perquisizione personale in carcere, si veda Corte Cost., sent. n. 526 del 2000 in *Giur. cost.*, 2000, p. 4113 ss.

⁸² Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 12 in merito a quelle che definisce "proposte di significato che si arrestano allo stadio di congetture in quanto non sottoposte al confronto con il testo ovvero al vaglio critico dei propri pre-giudizi". Sul punto è opportuno rinviare, insieme all'autore del lavoro dianzi citato, alle opere di H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1995, X ed., p. 342 ss. e M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1953, p. 156 ss.

⁸³ Corte cost., sent. n. 449 del 1999, arresto in cui la Corte "supera radicalmente logica istituzionalistica dell'ordinamento militare".

⁸⁴ M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. e Soc.*, 2005, p. 61; F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., p. 164 secondo il quale i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione (art. 2 Cost.) non debbono più essere visti come "guarentigie del cittadino nei confronti dello Stato-persona titolare dell'*imperium*, ma come istituti propri dello Stato-società vigenti in ogni organizzazione sociale e quindi anche all'interno dell'apparato statale", arrivando perciò a definire l'istituto della supremazia speciale come "un relitto dello Stato autoritario". Nella dottrina penalistica si veda anche R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, cit., p. 275 ss.

preesistono anche all'ordinamento settoriale e debbono dunque essere riconosciute anche da esso⁸⁵. D'altro canto, se la funzione perseguita dall'amministrazione risiede nell'auspicata risocializzazione del condannato ex art. 27 c. 3 Cost., pare quanto meno discutibile che per raggiungere tale obiettivo possano riconoscersi all'ente potestà coercitive sottratte al rispetto dei principi di legalità e giurisdizionalità⁸⁶. Da ultimo, non si può ritenere che l'esercizio di poteri disciplinari da parte dell'amministrazione penitenziaria si autolegittimi, dovendo essere riguardato piuttosto come diretta emanazione della potestà punitiva statutale; soluzione, questa, che pone il problema della sua conformità ai principi fondamentali in materia penale⁸⁷. In definitiva, pare inaccettabile una ricostruzione del potere di coercizione che consenta all'amministrazione penitenziaria di incidere sulle libertà fondamentali del detenuto in assenza di norme di legge e al di fuori delle garanzie predisposte dal quadro costituzionale a tutela della libertà personale⁸⁸.

In quest'ottica, dunque, sembra doversi condividere la posizione di quanti stigmatizzano l'attuale regime disciplinare e più in generale il regime di quei poteri amministrativi che possono incidere sulla "libertà della persona" in stato di detenzione⁸⁹. Si afferma segnatamente che i provvedimenti incidenti sulle modalità della detenzione legale non possono non ottemperare alle istanze garantistiche del principio di legalità penale, il cui raggio d'azione potrebbe essere esteso sino a ricomprendere anche il trattamento penitenziario inteso come "pena in senso dinamico"⁹⁰. In una prospettiva parzialmente

⁸⁵ L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 32.

⁸⁶ F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 281 il quale osserva, comunque, come il perseguimento degli obiettivi di risocializzazione mediante l'individualizzazione e la progressività del trattamento determina "l'allentarsi necessario dell'esecuzione penale", il quale però trova il suo contrappeso ne "l'esigenza che ogni provvedimento limitativo di un diritto di libertà in genere e di libertà personale in ispecie, sia emanato o almeno confermato da un giudice".

⁸⁷ Si tratta di un tema ormai classico, cfr. G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, p. 47 ss. Sul punto, in merito al fondamento del potere disciplinare dell'amministrazione penitenziaria si veda di nuovo L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 32; G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, cit., p. 710.

⁸⁸ Così T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti di pena*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 298 in merito al regime carcerario di sicurezza a suo tempo delineato dall'art. 90 ord. penit. (oggi abrogato), il quale risulterebbe "espulso dall'area della legge, e trattato alla stregua di una normale forma di individualizzazione del trattamento". Vedi invece nel senso di ritenere che il procedimento disciplinare costituisca "la forma tipizzata e necessaria dell'esercizio del correlativo potere amministrativo, ed il provvedimento disciplinare è, infine, un provvedimento ablatorio personale"; cfr. R. TURRINI VITA, *Potere disciplinare e amministrazione penitenziaria*, in *Dir. proc. pen.*, 2004, p. 1167 ss.

⁸⁹ Per una attenta disamina critica, cfr. da ultimo A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 30 ss.

⁹⁰ T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti di pena*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 298; e ancora F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 279 il quale osserva che "l'esecuzione della pena altro non è se non la pena in senso dinamico", "la formula 'Nessuno può essere punito' [di cui

diversa, pare condivisibile la posizione di quanti propongono di dare sviluppo alle virtualità insite nella giurisprudenza Corte costituzionale relativa all'art. 41-bis ord. penit., secondo la quale lo stato di detenzione lascia sopravvivere in capo al detenuto diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un "residuo" di libertà personale⁹¹. Muovendo da tale presupposto si afferma, infatti, che le misure incidenti sulla libertà personale adottate nel corso dell'esecuzione della pena dovrebbero sempre essere sempre disposte dal giudice nei limiti di cui all'art. 13 Cost.⁹² Tale precetto costituzionale, del resto, attribuisce alla legge la previsione tanto dei "casi" quanto dei "modi" della detenzione, abbracciando anche quei provvedimenti che intervengono sulle modalità della detenzione e intaccano così la libertà residuale della persona reclusa⁹³.

Proprio in questa prospettiva, non può non risultare inappagante la soluzione – fatta propria dalla nostra Corte costituzionale – secondo cui le perquisizioni personali imposte ai detenuti andrebbero ricomprese fra "le misure di trattamento rientranti nella competenza dell'amministrazione penitenziaria" e "attinenti alle modalità concrete [...] di attuazione del regime carcerario in quanto tale"⁹⁴. In altre parole, secondo l'organo di giustizia costituzionale, le misure citate sarebbero da ricondurre all'ambito delle restrizioni della libertà personale implicate dallo stato di detenzione, sottraendosi così all'applicazione delle garanzie predisposte dall'art. 13 Cost. Queste ultime, infatti, varrebbero soltanto per le misure non rientranti nel regime carcerario, sempre nella misura in cui incidano sul residuo di libertà di cui sono titolari i detenuti. Le misure attinenti alle modalità del trattamento penitenziario, viceversa, dovrebbero ritenersi "potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione"⁹⁵, cosicché, in

all'art. 25 c. 2 Cost.] potrebbe essere intesa in senso così ampio da ricomprendere lo stesso "trattamento" punitivo.

⁹¹ Così Corte cost. n. 349 del 1993, cit.,: "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 libertà individuale". Anticipatore, in questo senso, il giudizio di A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, p. 24: "Riconosciuto che la persona sottoposta a legittime restrizioni della libertà personale continua a fruire dei diritti di libertà sia pure soltanto nel più ristretto ambito in cui questa viene limitata, consegue che ogni ulteriore restrizione non soltanto deve essere prevista dalla legge ma anche venire disposta con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria".

⁹² P. NUVOLONE, *Il processo penale e l'esecuzione delle pene*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. II, Padova, 1969, p. 1465.

⁹³ T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti di pena*, cit., p. 298; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, cit., p. 24.

⁹⁴ Corte cost., sent. n. 526 del 2000 in *Giur. cost.*, 2000, p. 4113 ss. con osservazioni di M. RUOTOLO, *L'effettività rinnegante della normativa penitenziaria*, cit., p. 4127 ss.; K. MAMBRUCCHI, *Perquisizioni in carcere e diritti dei detenuti: verso il giusto processo in executivis*, in *Giur. cost.*, p. 4140 ss.; L. CARLASSARE, *Perplexità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 186 ss.

⁹⁵ In questi termini già Corte cost., sent. n. 351 del 1996, punto 4 del considerato in diritto, in *Giur. cost.*, 1996, 3052.

relazione ad esse, la garanzia dei diritti dei detenuti risulterebbe già assicurata "a monte", al momento della definizione del titolo detentivo, in conformità a quanto prescritto dall'art. 13 Cost. e cioè nei casi e modi previsti dalla legge e in presenza di un atto dell'autorità giudiziaria⁹⁶. Dalle argomentazioni della Corte sembra affiorare nuovamente una concezione dello stato di detenzione che subordina i diritti del detenuto al rispetto obblighi implicati dallo Stato di detenzione, facendo riferimento in particolare all'offerta di trattamento che l'amministrazione rivolge al detenuto.

Una conclusione che sollecita un mutamento di prospettiva nell'indagine, imponendo di cimentarsi ora con una più approfondita disamina dei contenuti del trattamento. Al riguardo, prima di confrontarsi con il più denso tema dei rapporti tra scopi della pena ed esecuzione penitenziaria (per ovvie ragioni riferibile ai soli condannati), è opportuno provare a chiarire se e come le attività che compongono "il trattamento in carcere" possano ritenersi implicate nello stato di detenzione.

4. *La problematica distinzione tra elementi del trattamento e misure ulteriormente limitative della libertà: la tensione tra diritti del detenuto e paradigma rieducativo.*

A ben vedere infatti, la difficoltà di distinguere tra elementi del trattamento e misure che incidono sulla libertà residua del detenuto costituisce la maggiore debolezza dell'impostazione poc'anzi richiamata. Più in particolare, la genericità del criterio selettivo adottato dalla Corte costituzionale per delimitare il raggio di applicazione delle garanzie riconosciute ai reclusi – anche con specifico riferimento alla libertà personale – rischia di rendere tale parametro del tutto evanescente una volta calato nella dimensione pratico-applicativa. Il pericolo, infatti, è che tutte le misure previste dalla legge e dal regolamento penitenziario finiscano per essere ricomprese tra gli "elementi del trattamento", e siano quindi ritenute per ciò stesso non eccedenti il sacrificio della libertà personale discendente dallo stato di detenzione⁹⁷. Difatti, anche a voler assumere il bene della libertà personale in senso meramente fisico, sembra quanto meno discutibile la decisione di ascrivere tra le

⁹⁶ Nel caso dell'esecuzione della sentenza penale di condanna passata in giudicato si ha per definizione "l'attuazione mediata della volontà della legge fatta dall'organo esecutivo dello Stato", cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, IV, Torino, 1972, p. 920. Risultano così soddisfatte l'esigenza di predeterminazione legislativa e quella di giurisdizionalità: in presenza di un provvedimento del giudice, emesso al termine del fase della cognizione, recante un comando da attuare mediante il compimento dell'insieme di attività previste dalla legge, la c.d. *fase esecutiva*.

⁹⁷ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 61; C. COLAPIETRO, *La condizione dei carcerati*, cit., p. 367 ss.

misure che non eccedono le restrizioni della libertà personale le perquisizioni personali, specie ove esse vengano attuate secondo modalità tali da incidere in modo assai significativo sulla sfera più intima del singolo detenuto. A tal riguardo è sufficiente considerare, a titolo di esempio, il caso da cui era originata la questione di legittimità costituzionale risolta dalla Corte costituzionale con la pronuncia dianzi citata.

La vicenda *de qua* riguardava un'ipotesi di perquisizione effettuata ex art. 34 ord. penit. provvedimento contro il quale il detenuto aveva sollevato reclamo ai sensi dell'art. 35 ord. penit., lamentando l'illegittimità della sanzione disciplinare irrogata a causa del suo rifiuto a effettuare nudo flessioni sulle gambe davanti agli agenti della polizia penitenziaria in sede di perquisizione personale, operazione di cui si sottolineava l'evidente carattere lesivo della dignità. Nel sollevare la questione di legittimità costituzionale in rapporto agli artt. 3, 13 cc. 2 e 3, 24 cc. 1 e 2, 97 c. 1, 113 c. 1 e 2 Cost., il Magistrato di sorveglianza di Bologna rilevava come l'art. 34 della legge n. 354 del 1975, pur prevedendo che i detenuti e gli internati debbano essere sottoposti a perquisizione personale qualora sussistano motivi di sicurezza, e nel pieno rispetto della personalità del detenuto, prescinde però totalmente da un intervento dell'autorità giudiziaria a garanzia della legittimità di tale restrizione della libertà personale. Il procedimento, come posto in evidenza dal giudice *a quo*, si svolge tutto in ambito amministrativo: in quanto "è l'amministrazione che decide l'*an*, ravvisando la sussistenza dei motivi di sicurezza, il *quando* e il *quomodo*", pur con il già richiamato limite della personalità dei detenuti. Questi ultimi risulterebbero così sottratti alla garanzia dell'art. 13 Cost., con l'effetto di ritenere assorbito il potere di perquisizione entro le modalità esecutive della detenzione.

A ben vedere, peraltro, il criterio distintivo enucleato dalla Corte costituzionale non si limita a circoscrivere l'ambito delle garanzie in tema di libertà personale, ma finisce più in generale per porre limiti all'esercizio di tutti i diritti di libertà spettanti al detenuto. D'altronde, come è stato sottolineato da attenta dottrina, la ricorrente affermazione secondo cui lo stato di detenzione non comporta la soppressione dei diritti costituzionalmente protetti andrebbe intesa come un riconoscimento del fatto che la persona rimane titolare non solo della libertà fisica ma anche della libertà morale⁹⁸, necessaria preconditione per l'esercizio di tutte le situazioni soggettive riconosciute dalla Costituzione compatibili con lo stato di detenzione⁹⁹. La soluzione in discorso, perciò, ampliando in modo

⁹⁸ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 65; ID., *Dignità e carcere*, Roma, 2014, p. 51 ss.

⁹⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 734 secondo il quale il principio di umanizzazione della pena trascenderebbe la formulazione dell'art. 27 c. 3 Cost. e il solo divieto di trattamenti inumani e degradanti per ricomprendere anche il rispetto "della personalità, della dignità del condannato" e quindi tutti i diritti costituzionalmente tutelati che non si rivelino incompatibili con lo Stato di detenzione.

incontrollabile le esigenze legate al trattamento, rischia di comprimere l'area delle libertà costituzionali facenti capo al detenuto, pervenendo a risultati del tutto identici a quelli della già analizzata teoria degli ordinamenti interni. A ciò si aggiunga che una simile impostazione finisce per ribadire nuovamente l'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione penitenziaria, essendo pacifico che misure del trattamento non sono solo quelle stabilite dalla legge e dal regolamento di esecuzione, ma financo le misure disciplinate dal regolamento di istituto¹⁰⁰.

Si consideri, a tacer d'altro, che in base al combinato disposto degli art. 16 c. 2 ord. penit.¹⁰¹ e 74 c. 4 reg. esec.¹⁰², viene rimessa alla autonomia normativa dei singoli istituti l'individuazione dei casi in cui debbono effettuarsi le perquisizioni ordinarie, cioè quelle a cui è possibile procedere senza l'apposito ordine del direttore. Ulteriori perplessità derivano poi dalla ambiguità che caratterizza il termine "trattamento", anche in ragione dell'impiego non sempre coerente fattone dal legislatore della riforma penitenziaria¹⁰³. Al riguardo, in particolare, è possibile rilevare una significativa differenza, sul piano lessicale, tra l'impiego dell'espressione "trattamento penitenziario" – ovvero, semplicemente "trattamento" – (art. 1 cc.1 e 2 ord. penit.) e la diversa locuzione "trattamento rieducativo" (art. 1 c. 6): se, infatti, la formula "trattamento penitenziario" è da riferirsi al regime cui sono assoggettate tutte le tipologie di detenuti, indipendentemente dal titolo legittimante la privazione della libertà personale, la formula "trattamento rieducativo" riguarda invece i soli detenuti condannati, unici destinatari di un'attività rieducativa costituzionalmente intesa¹⁰⁴. Di conseguenza, se il trattamento penitenziario consiste in una complessiva

¹⁰⁰ Sul punto si veda, *funditus*, G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2013, p. 98 ss.; S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Vol. XXX, Milano, 1980, p. 921 ss.

¹⁰¹ Così recita l'art. 16 ord. penit.: "1. In ciascun istituto il trattamento penitenziario è organizzato secondo le direttive che l'amministrazione penitenziaria impartisce con riguardo alle esigenze dei gruppi di detenuti ed internati ivi ristretti. 2. Le modalità del trattamento da seguire in ciascun Istituto sono disciplinate nel regolamento interno, che è predisposto e modificato da una commissione composta dal magistrato di sorveglianza, che la presiede, dal direttore, dal medico, dal cappellano, dal preposto alle attività lavorative, da un educatore e da un assistente sociale. La commissione può avvalersi della collaborazione degli esperti indicati nel quarto comma dell'articolo 80. 3. Il regolamento interno disciplina, altresì, i controlli cui devono sottoporsi tutti coloro che, a qualsiasi titolo, accedono all'istituto o ne escono. 4. Il regolamento interno e le sue modificazioni sono approvati dal Ministro per la grazia e giustizia".

¹⁰² Così l'art. 74 c. 4 reg. esec.: "Il regolamento interno stabilisce quali sono le situazioni, con quella prevista dall'articolo 83, in cui si effettuano perquisizioni ordinarie".

¹⁰³ G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano 1997, p. 7 e 47 ss.

¹⁰⁴ Per una più approfondita disamina degli scopi e del contenuto del trattamento si veda V. GREVI, *Commento all'art. 1 ord. penit.* in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*. Vol. I, *Trattamento penitenziario*, Padova, 2011, p. 6-7 e p. 15-1, il quale osserva come: "tra l'area concettuale del trattamento penitenziario e quella del trattamento rieducativo esiste [...] un rapporto da genere a specie", come "confermato, tra l'altro, sul piano sistematico, dalla circostanza che l'intero Titolo I della legge (nel quale sono comprese, oltre a una serie di previsioni generiche concernenti i 'detenuti', senza ulteriori specificazioni, anche tutte le norme relative alle 'misure alternative' per i condannati) reca la rubrica

"offerta di interventi diretti a sostenere gli interessi umani, culturali e professionali" di tutti i detenuti (ivi compresi gli imputati in custodia)¹⁰⁵, il trattamento rieducativo costituisce invece un concetto in qualche misura più ristretto. In esso, infatti, sono ricompresi tutti gli "elementi del trattamento" che rivestono una finalità di reinserimento sociale¹⁰⁶, valutata alla stregua dei "particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto" quali risultano dall'osservazione scientifica della personalità del condannato (art. 13 cc. 1 e 3 ord. penit.)¹⁰⁷.

In quale accezione intendere allora le "misure di trattamento" richiamate dalla Corte costituzionale per giustificare l'esclusione del detenuto dal godimento di talune garanzie costituzionali? Trattandosi di limitazioni implicate dallo stato di detenzione, il pensiero corre al nucleo di elementi comuni a tutte le categorie di detenuti e quindi, segnatamente, a quella serie di interventi in cui si sostanzia il trattamento "penitenziario". A voler seguire la distinzione posta dalla Corte costituzionale, infatti, non sembrerebbe logico ritenere che l'intera popolazione penitenziaria soffra le limitazioni giustificate dalla predisposizione di attività istituzionalmente rivolte ai soli condannati. E del resto, il riferimento alle modalità concrete di attuazione del regime carcerario, cui pure la Corte si riferisce per escludere che taluni provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidano sul residuo di libertà spettante al detenuto, sembra confermare tale intuizione. Da ultimo, va considerato il fatto che nell'elaborare la distinzione tra "misure del trattamento" e provvedimenti ulteriormente limitativi della libertà del detenuto, la Corte si sia sempre riferita a istituti che riguardano indistintamente gli imputati in custodia e i condannati, vale a dire i decreti ministeriali di cui all'art. 41-bis ord. penit. e il già menzionato potere di perquisizione personale.

A tale quadro ricostruttivo occorre però opporre almeno due osservazioni, concernenti la diversa posizione di imputati e condannati di fronte al trattamento. Una *prima* obiezione riguarda le funzioni costituzionalmente assolute dalla detenzione cautelare: ferme restando infatti le cautele volte a soddisfare le esigenze per le quali viene disposta la custodia in carcere, il regime carcerario cui l'imputato è sottoposto deve essere necessariamente informato alla presunzione di non colpevolezza, come pure l'art. 1 c. 5

'trattamento penitenziario"; nello stesso senso, G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 98 ss.; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 7 ss.

¹⁰⁵ V. GREVI, *La libertà personale dell'imputato*, Milano, 1976, p. 271 ss.; A. GIARDA, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in V. GREVI, (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 242 ss.

¹⁰⁶ Sul punto si veda F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 45 ss.

¹⁰⁷ Per una critica al metodo, di ispirazione neo-positivistica, dell'osservazione scientifica della personalità cfr. E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., p. 143 ss.

ord. penit. si premura di evidenziare¹⁰⁸. Non è dunque un caso che l'art. 1 reg. esec. definisca il trattamento come un insieme di "interventi diretti a sostenere gli interessi umani, culturali e professionali", con conseguente esclusione di ogni finalità ricollegabile alla colpevolezza della persona detenuta¹⁰⁹. Una *seconda* osservazione attiene invece ai differenti profili contenutistici del trattamento, a seconda che questo si rivolga a imputati o condannati: per i primi è infatti pacifica l'assenza di qualsiasi carattere coercitivo, come testimoniato sia dalla previsione del trattamento come "offerta di interventi" di cui all'art. 1 reg. esec., sia dal disposto dell'art. 15 ord. penit. secondo cui gli imputati sono ammessi, *a loro richiesta*, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e – salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria – a svolgere attività lavorativa o di formazione.

A ben vedere, tuttavia, una lettura del principio di rieducazione del condannato che valorizzi opportunamente le relazioni tra l'art. 27 c. 3 Cost. e i valori personalistici sanciti dal dettato costituzionale – in particolare l'inviolabilità dei diritti di personalità e il principio di dignità umana – non può non assumere quale ineludibile presupposto dell'attività rieducativa la volontaria adesione del condannato al programma di trattamento¹¹⁰. In questo senso sembra andare anche una importante pronuncia della Corte costituzionale ove ben si evidenzia che l'impiego del verbo "tendere" da parte dell'art. 27 Cost. sottende la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra la finalità rieducativa e l'adesione di fatto del destinatario al processo di risocializzazione¹¹¹. L'esigenza di rispettare l'autonomia del singolo nell'ambito del trattamento parrebbe imposta anche da una declinazione dell'istanza rieducativa che valorizza i soli profili di non desocializzazione del condannato e ripudia obiettivi di "rieducazione morale" intesa come ripristino dei valori di moralità del delinquente¹¹². Al contempo, l'esigenza di rispettare la libertà morale del condannato suggerisce di abbandonare qualsiasi equazione

¹⁰⁸ Art. 1 c. 5 ord. penit.: "Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva".

¹⁰⁹ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 46 ss.

¹¹⁰ K. LÜDERSENN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, p. 20 ss.; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 173 ss. e in particolare p. 198.

¹¹¹ Corte cost. n. 313 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1981 ss. su cui vedi G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale* in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 131 ss.

¹¹² In questo senso i lavori di G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 c. 3 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1991 p. 222 ss. e in particolare 275 ss.; G. VASSALLI, *Il recente dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 466 ss.; E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 472: "Nulla, nella Costituzione, autorizza lo Stato a prendersi cura della moralità dei cittadini".

tra elementi del trattamento e tecniche manipolatrici o comunque fortemente limitatrici della libertà del soggetto¹¹³.

In sintesi: quale che sia la soluzione interpretativa prescelta, il riferimento all'attuazione del programma di trattamento non può mai giustificare l'adozione di provvedimenti che incidano negativamente sulla libertà personale o morale del detenuto, sia egli imputato o condannato¹¹⁴. L'offerta rieducativa, a prescindere dal suo destinatario, deve quindi essere concepita come del tutto priva di coercitività, con la sola rilevante eccezione dell'"obbligo lavoro" di cui all'art. 20 c. 3 ord. penit. Quest'ultima resta, comunque una disposizione assai discussa giacché se una parte della dottrina tende entusiasticamente ad ascrivere il lavoro tra gli elementi del trattamento – riconoscendogli una "capacità di promozione del soggetto [...] che ne fa il cardine insopprimibile di qualsiasi tecnica di reinserimento sociale"¹¹⁵ – altri autori evidenziano il rischio che l'obbligatorietà della prestazione d'opera possa porsi in contrasto il divieto di afflittività previsto dal secondo comma dello stesso articolo¹¹⁶ e ravvisano nella circostanza che tale obbligo si presenti come un dovere inequivocabilmente sanzionato – sia pure a livello di sanzione disciplinare – una conferma della sua natura afflittivo-espiativa¹¹⁷. Il carattere obbligatorio del lavoro in carcere si accompagna comunque al riconoscimento una serie di diritti di cui il detenuto-lavoratore rimane titolare, a partire da quello a una giusta retribuzione¹¹⁸, da esercitare innanzi al giudice del lavoro¹¹⁹.

¹¹³ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 c. 3 Cost.*, cit., p. 280.; B. HAFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in K. LÜDERSSEN, H. SACK (a cura di), *Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, vol. II, Frankfurt am Main, 1977, 291 ss., in particolare 299, 302, 304; più in particolare per un modello di trattamento che si estrinsechi in un dialogo continuo tra il condannato e lo Stato, R. P. CALLIES, *Dialogisches Recht. Beiträge zur Rechtstheorie und zu den Grundlagen des Strafrechts im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, 2005, p. 95 ss.

¹¹⁴ Sulla volontarietà della partecipazione al programma di trattamento si veda pure G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 11.

¹¹⁵ E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro carcerario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 163 ss.; nel medesimo senso, F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 803 ss. Secondo G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 130 si tratterebbe "forse del principale" tra gli elementi del trattamento. In prospettiva, gli antecedenti storici dell'idea secondo cui il lavoro costituirebbe "mezzo di recupero sociale del condannato", si possono rinvenire in R. GAROFALO, *Il lavoro come mezzo di recupero sociale del condannato*, in *Rass. st. penit.*, 1957, p. 473.

¹¹⁶ G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, V, p. 59 ss.

¹¹⁷ G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 151. M. PAVARINI, *La Corte costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 269 secondo cui l'afflittività propria della pena detentiva troverebbe nella organizzazione del lavoro "un mezzo opportuno ed adeguato di realizzazione".

¹¹⁸ S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 925. In merito al diritto alla retribuzione e al regime applicabile al rapporto di lavoro tra il detenuto-lavoratore e l'amministrazione penitenziaria o terzi, M. R. MARCHETTI, *Commento all'art. 20 ord. penit.*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*. Vol. I, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 297 ss.; M. VITALI, *Il lavoro*

In conclusione, quindi, l'attribuzione al condannato di un "diritto alla rieducazione" – di cui meglio si dirà nei paragrafi successivi – appare radicalmente incompatibile con una prospettiva teorica che riduca a "funzione" del percorso trattamentale la limitazione dei diritti del detenuto. In questo quadro si colloca la già richiamata affermazione secondo cui lo stato di detenzione lascia sopravvivere in capo al detenuto diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un "residuo" di libertà personale la cui compressione dovrebbe sempre essere assistita dal rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 Cost. La stessa Corte costituzionale ha altrove chiarito, del resto, che la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona ("ne costituisce certo una grave limitazione ma non una soppressione")¹²⁰, ed è giunta ad affermare il generale principio secondo cui l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre *ulteriori restrizioni* o che, comunque, comportino una *sostanziale modificazione* nel grado di privazione della libertà personale, potrebbe avvenire soltanto nel rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 c. 2 Cost. Sebbene non sia chiaro quando tale modificazione possa dirsi compiuta, appare comunque irretrattabile la necessità che il trattamento penitenziario si attui nel rispetto della dignità della persona e dunque dei diritti fondamentali di cui essa costituisce il nucleo fondamentale.

Si ripropone, dunque, l'esigenza di vincolare al rispetto della riserva di legge e della riserva di giurisdizione tutte le misure incidenti sulla libertà personale adottate nel corso dell'esecuzione¹²¹, valorizzando il nesso tra il finalismo rieducativo della pena e le istanze garantistiche implicate dal principio di legalità. Un approdo ermeneutico, questo, cui la dottrina penalistica pare essere da tempo pervenuta, valorizzando la lettera dell'art. 13 Cost. il quale da un lato attribuisce alla legge la previsione tanto dei "casi" quanto dei "modi" della detenzione, e dall'altro ammette le restrizioni della libertà personale soltanto

penitenziario, Milano, 2001, p. 39 ss. Più complesso, invece, stabilire se il detenuto sia titolare di un vero e proprio *diritto al lavoro*: la dottrina maggioritaria sembra propensa ad escluderlo dovendosi piuttosto ritenere esistente il dovere per lo Stato di predisporre le condizioni per offrire lavoro ai detenuti; cfr. V. GREVI, *Introduzione*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 34 secondo cui dovrebbe riconoscersi uno specifico interesse dei detenuti allo svolgimento dell'attività lavorativa.

¹¹⁹ Sul punto, cfr. F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., p. 2828 il quale indica la competenza del giudice del lavoro per le controversie di natura laburistica inerenti al rapporto di lavoro eventualmente contratto con l'amministrazione penitenziaria. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 c. 6 lett. a) ord. penit. recante norme ritenute 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; cfr. Corte cost. sent. 341 del 2006 in *Giur. cost.* 2006, p. 4663. In merito all'attuale possibile riespansione della competenza del magistrato di sorveglianza ai sensi del nuovo art. 35-bis ord. penit. (legge 146 del 2013) cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 71.

¹²⁰ Corte cost. n. 349 del 1993, cit. punto 4.3. del *considerato in diritto*.

¹²¹ P. NUVOLONE, *Il processo penale e l'esecuzione delle pene*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, cit., p. 1465.

ove vengano disposte con atto motivato dell'autorità giudiziaria¹²². Del resto, se è vero "che la persona sottoposta a legittime restrizioni della libertà personale continua a fruire dei diritti di libertà sia pure soltanto nel più ristretto ambito in cui questa viene limitata, consegue che ogni ulteriore restrizione non soltanto deve essere prevista dalla legge, ma anche venire disposta con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria"¹²³. Appare quindi innegabile che a fronte di provvedimenti dell'amministrazione – dalla direzione dell'istituto sino al ministero della giustizia – suscettibili di incidere sul *quomodo* della detenzione – si consideri il già richiamato caso dei decreti di cui all'art. 41-bis ord. penit. – debbano essere rispettate le esigenze garantistiche di legalità e giurisdizionalità, imposte tanto dall'art. 13 Cost. che dall'art. 25 c. 2 Cost¹²⁴.

Senonché, non tutte le contraddizioni paiono risolte. In particolare resta da chiarire quale equilibrio possa stabilirsi tra il carattere "tecnico" del trattamento ispirato a finalità rieducative e la predeterminazione legislativa delle modalità della detenzione, siano esse imposte dalla attuazione del programma trattamentale ovvero da esigenze diverse (ordine e sicurezza interna, disciplina, sicurezza sociale ecc.)¹²⁵.

5. Regime detentivo e finalità della pena carceraria nella dimensione storica (cenni).

Per potere rispondere almeno parzialmente, occorre finalmente affrontare il problema delle relazioni tra teorie della pena e regime di esecuzione, anch'esso decisivo per definire contenuto e limiti dell'esecuzione penitenziaria. Seguendo il processo che ha contrassegnato l'evoluzione storica delle teorie della sanzione criminale è possibile individuare le tappe che hanno condotto all'affermazione del paradigma risocializzativo-trattamentale, il quale, malgrado la crisi ormai decennale, continua a innervare la disciplina e la prassi dell'esecuzione penale. È noto come la vicenda storica dalla pena carceraria sia contraddistinta da un innegabile paradosso: a partire dalla sua genesi in epoca illuministica essa si è infatti costantemente accompagnata alla presa d'atto e alla denuncia dei suoi dei limiti intrinseci sul piano sia della emenda del reo che su quello della rimozione delle

¹²² T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti di pena*, cit., p. 298; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, cit., p. 24.

¹²³ A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, cit., p. 24.

¹²⁴ 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. 157 ss.

¹²⁵ Sul punto F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 280

cause sociali della criminalità¹²⁶. All'affermazione storica del carcere come "pena regina" corrisponde quindi, sin dall'origine, un forte disincanto rispetto al suo rendimento nella dimensione effettuale¹²⁷. A ben vedere, però, è proprio nella constatazione dello scollamento tra l'ideale carcerario teorizzato dai riformatori illuministi e la prassi della detenzione con il suo bagaglio di criticità – dal "contagio criminale" all'infantilismo penitenziario – che deve rinvenirsi, dal punto di vista epistemologico, la causa efficiente delle elaborazioni tese ad immaginare modalità di reclusione in grado di rispecchiare gli scopi perseguiti dalla repressione penale¹²⁸.

Nell'ottica dei riformatori illuministi la pena "in concreto" concepita in prospettiva contrattuale – sul modello privatistico di una prestazione *post factum* – e sprovvista di qualsiasi giustificazione finalistica, non può che rispondere ad esigenze di retribuzione legale¹²⁹ presentandosi quale equivalente del male rappresentato dal delitto¹³⁰. Il contenuto assegnato alla sanzione penale finisce però per riflettersi anche sul piano dell'"organizzazione penitenziaria", se è vero che il postulato proporzionalistico che connette il fondamento del diritto di punire alla sua funzione si riverbera sull'istituzione carceraria, dominandola con un principio classificatorio a base rigidamente obiettiva, "nel senso che le ripartizioni esecutive si riportano alla gravità del reato ovvero (con una variante meramente formale) alla durata della detenzione"¹³¹. Al contempo, il carcere è

¹²⁶ Gli effetti criminogeni dell'esperienza carceraria sono messi in evidenza già da J. BENTHAM, *Théorie de peines et de recompenses* in *Oeuvres*, vol. II, parte I, 1829, p. 38 il quale pone l'accento sugli effetti di "educazione al crimine" cui sarebbero esposti in particolar i delinquenti primari, i quali "se invece di rieducarsi, divengono più viziosi se passano dai furtarelli alle rapine, se si spingano sino al brigantaggio e all'assassinio, è l'educazione di una prigione che bisogna accusare".

¹²⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, ed. 1976, p. 251 ss.; M. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigione*, in *La questione criminale*, 1977, p. 407 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 15-16.

¹²⁸ Per un ampio affresco cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 16 ss.: a ben vedere l'influsso tra dottrine della pena e organizzazione penitenziaria è comunque reciproco è costante, segnando tra l'altro il passaggio dalla tecnica alla politica carceraria; cfr. G. SLIWOWSKI, *Tecnica penitenziaria, politica penitenziaria, diritto penitenziario*, cit., p. 289 ss. Per un'analitica ricostruzione dell'influsso delle "generali funzioni della pena" nell'ambito dell'esecuzione penale si veda, E.P. HARTWIG, *Der Einfluß der allgemein Strafzwecke*, Aachen, 1995, in particolare p. 259 ss.

¹²⁹ M. PAVARINI, voce *Pena*, in *Enc. sc. soc.*, 1996, il quale osserva come la filosofia politica utilitaristica dei Lumi distingue tra "una pena in astratto" che persegue un fine di utilità sociale garantendo l'ordine sociale anche attraverso la minaccia di un male, e "una pena in concreto" la cui entità non potrebbe essere determinata dalla finalità che l'ordinamento persegue attraverso il sistema penale dovendo perciò essere commisurata in proporzione alla gravità del fatto; peraltro, sui legami tra "prevenzione" e "proporzione" nella filosofia illuministica G. TARELLO, *Il problema penale nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1975, p. 23 il quale distingue tre ideologie penalistiche distinte (utilitaristica, umanitaria e proporzionalistica) opposte nei principi "ma non nelle espressioni storiche lungo il Settecento".

¹³⁰ In una letteratura tanto ampia quanto variegata, con riferimento alla legittimazione e agli scopi del diritto di punire, si vedano a titolo esemplificativo le sole opere di: G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, III, Milano, ed. 1817, p. 166 ss.; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, ed. 1973, a cura di F. Venturi, § XXVII, p. 60; K. GROLMAN, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, 1799, Milano, ed. 1968.

¹³¹ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 19 che indica nel c.d. modello filadelfiano, fondato sulla segregazione cellulare continua, l'espressione più compiuta dell'ideale carcerario settecentesco; sul punto

descritto come strumento intrinsecamente emendativo e disciplinare¹³², capace di proiettare la razionalità e l'ordine propri della pena retributiva sulla persona del condannato¹³³. Il penitenziario, inoltre, dando esecuzione al comando legislativo deve tradurre materialmente la *voluntas legis*, limitando al massimo il ruolo del giudice nella fase esecutiva e precludendo qualsiasi modificazione al regime carcerario prescritto per quel determinato reato. Si tratta di un riflesso del "mito" del legislatore razionale che informa la concezione del diritto di stampo illuminista, imponendo la massima corrispondenza tra realtà tipizzata dalla norma e realtà sociale giuridicamente rilevante.

La classificazione obiettiva dei detenuti fondata sul rapporto biunivoco tra gravità del reato e modalità della detenzione comincia ad entrare in crisi con l'evoluzione della tecnica penitenziaria cui si assiste nel corso dell'ottocento: dinamica che riverbera la sempre più frequente constatazione, da parte della dottrina, dell'inefficacia del carcere sotto il profilo della rimozione delle cause sociali della criminalità¹³⁴. Si comincia infatti a improntare l'organizzazione penitenziaria a una classificazione dei detenuti di matrice soggettiva, basata non più sul reato commesso, ma sulla personalità del condannato e il suo comportamento nell'ambiente carcerario¹³⁵ (anche se, inizialmente, al solo fine di evitare la promiscuità tra soggetti diversamente pericolosi)¹³⁶. Insieme alla riforma dei sistemi di classificazione, si stempera progressivamente anche la rigidità del trattamento penitenziario che caratterizzava i sistemi penitenziari messi in pratica dai riformatori settecenteschi, ammettendo graduali variazioni nel regime e nella durata della detenzione. Si attenua così quel principio di indefettibilità della pena inizialmente ritenuto essenziale al

vedi G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and social structure*, New Brunswick-London, 1939, ed. 2009, p. 27.

¹³² Si veda D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977, p. 211 che sul c.d. modello filadelfiano osservano come: "Le mura della cella diventano strumenti efficaci di punizione: mettono, infatti, il detenuto di fronte a se stesso: egli è costretto ad entrare nella sua coscienza". E ancora, D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Diritti costituzionali negli istituti carcerari*, in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, p. 286 secondo cui malgrado la preminente concezione retributiva quest'ultima non fu mai separata dalle tradizionali teorie emendative di stampo religioso. Sui rapporti tra i riflessi emendativi della segregazione cellulare e l'ipotesi penitenziaria canonica dell'*ergastulum*, cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 242.

¹³³ P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, Milano, 1975, p. 267, p. 336.

¹³⁴ Significativamente, C. CATTANEO, *Della riforma penale. Delle Galere*, in *Scritti politici ed epistolario*, 1901, Vol. III, p. 99 ss.; C. LUCAS, *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'imprisonnement, de ses principes, de ses moyens*, Paris, 1838, Vol. III, p. 109 ss.

¹³⁵ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 29, il quale ricorda però come in questa fase si sottolinei ancora l'esigenza che le classificazioni e le differenziazioni esecutive siano oggetto di "precisa e rigorosa predeterminazione legale"; corsivi nel testo.

¹³⁶ C. LUCAS, *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'imprisonnement, de ses principes, de ses moyens*, cit., p. 109.

fine di garantire un'esecuzione ispirata a esigenze di retribuzione legale¹³⁷, favorendo di converso flessibilità e gradualismo in nome di un trattamento non più uniforme ma sempre maggiormente individualizzato.

Si delinea così un modello di detenzione che non affida più ogni aspirazione emendativa all'intrinseca "durezza" del carcere, ma prende atto della necessità che i mezzi dell'educazione penitenziaria – intesa in questa fase come semplice strumento di prevenzione della recidiva in chiave special-preventiva – siano commisurati alla personalità di ciascun condannato¹³⁸. Constatata l'impossibilità di ritenere le strutture carcerarie di per sé "rieducative", la scienza penitenziaria ottocentesca comincia quindi a intravedere nei modelli di segregazione cellulare e nel sistema dei premi e delle ricompense¹³⁹ altrettanti strumenti per adattare la pena "alla condizione totale, intellettuale, morale e materiale di ciascun condannato" attraverso un'attenta osservazione della personalità di quest'ultimo. Specularmente, comincia ad accreditarsi l'idea che gli obiettivi di prevenzione speciale possano essere anteposti al principio di inflessibilità della pena, incoraggiando il condannato a emendarsi attraverso la prospettiva in chiave premiale della liberazione anticipata. Come è stato osservato, infatti, una volta stabilito che l'emenda del reo "dipende essenzialmente da un'educazione penitenziaria, condotta sulla base di un costante controllo dei comportamenti e degli atteggiamenti interiori, è chiaro come la risposta al loro progressivo modificarsi debba consistere in una modificazione qualitativa dello stesso regime penitenziario"¹⁴⁰.

Senonché a partire dagli inizi del secolo scorso l'attenzione sino ad allora riservata all'esecuzione penale tende a trasferirsi sul piano dell'individuazione di tipologie sanzionatorie alternative alla pena detentiva¹⁴¹. La crisi di legittimazione del diritto penale di matrice illuministica sollecita infatti risposte a carattere sistemico¹⁴², che sotto la

¹³⁷ G. SLIWOWSKI, *Tecnica penitenziaria, politica penitenziaria, diritto penitenziario*, cit., p. 289, il quale osserva come "la pena retributiva non potesse andare al di là di una buona organizzazione esterna degli stabilimenti (esterna in senso evidentemente largo). Non tendeva al miglioramento dei condannati, giudicato non tanto impossibile, quanto non richiesto dal punto vista retributivo e quindi non necessaria".

¹³⁸ C. LUCAS, *De la reforme des prisons ou de la theorie de l'imprisonnement, de ses principes, de ses moyens*, cit., vol. II, p. 418:

¹³⁹ C. LUCAS, *De la reforme des prisons ou de la theorie de l'imprisonnement, de ses principes, de ses moyens*, cit., p. 146 che si spinge a teorizzare la necessità che il detenuto sia "constamment placé entre les deux grandes mobiles de la crainte et de l'espérance".

¹⁴⁰ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 37.

¹⁴¹ Per un'ampia ricostruzione storica, con riferimento alla polemica sulle pene detentive brevi tra ottocento e novecento, si veda E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 1 ss.

¹⁴² Alla crisi di legittimità del sistema delle sanzioni contribuiva, in particolare, l'elevatissimo tasso di pene detentive "brevi" irrogate dai giudici di diversi Stati europei sul finire del secolo diciannovesimo; si vedano per tutti le analisi statistiche svolte da F. VON LIZST, *Kriminalpolitische ausgaben*, (1889-1892) in *Straferechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, ed. 1970, vol. I, p. 347 ss. Ancora in tema di pene

pressione esercitata dall'emergente positivismo criminologico, finiscono per revocare in dubbio la necessità di ricorrere alla pena carceraria nei confronti di determinati soggetti¹⁴³. Le istanze di individualizzazione che nel contesto dei "sistemi penitenziari" ottocenteschi avevano trovato spazio soltanto all'interno della fase esecutiva, traducendosi nell'elaborazione di alternative quali la liberazione condizionale o la semilibertà, riemergono nel nuovo contesto storico spostando l'asse della "riforma" verso la fase giudiziale. Alla crisi dell'apparato sanzionatorio, una parte maggioritaria della letteratura risponde infatti con la proposta di introdurre "surrogati" alla pena detentiva¹⁴⁴ – siano esse sanzioni sostitutive ovvero misure sospensive – la cui irrogazione risulta affidata alla discrezionalità giudiziale: in questo modo la scelta del giudice in merito alla sanzione da adottare in concreto finisce per costituire "il primo momento del percorso di individualizzazione del trattamento a cui assoggettare il condannato"¹⁴⁵, premessa a percorsi di riforma tutt'ora fecondi.

La riflessione sul contenuto della pena detentiva – peraltro confinata nella discussione ottocentesca a mera diatriba di tecnica penitenziaria e slegata dagli scopi assegnati alla sanzione penale – finisce dunque per passare in secondo piano. Sullo sfondo, il diritto penitenziario ridotto a problema tecnico, continua ad articolarsi ripetendo dal dibattito sulle funzioni della pena i soli presupposti teorici e incaricandosi di fornire trattamenti e istituzioni in concreto idonei a perseguire le finalità assegnate al carcere¹⁴⁶. I progetti di riforma penitenziaria e con essi la valutazione di limiti e contenuto del regime esecutivo attingeranno nuova linfa soltanto all'indomani della seconda guerra mondiale: non solo l'estensione dell'area delle pene ritenute brevi trasforma l'ormai frequentatissimo dibattito sulle alternative a tali pene in un vero e proprio dibattito sulle alternative al carcere *tout court*¹⁴⁷, ma l'avvento della finalità rieducativa come criterio di legittimazione

detentive brevi, P. HEILBORN, *Die kurze Freiheitstrafe*, Leipzig, 1908, ed. 1970, p. 3-6 di cui si lamentano in particolare: a) la dannosità dal punto di vista risocializzativo; b) l'inefficacia sotto il profilo della prevenzione generale negativa; c) il rischio di livellare il differente disvalore sociale che caratterizza figure di illecito tra loro distinte; d) l'inadeguatezza di una pena siffatta ai fini della neutralizzazione del reo.

¹⁴³ J. PINATEL, *Peines de substitution et criminologie*, in *Rev. int. crim. pol. techn.*, 1984, p. 464 ss.

¹⁴⁴ G. RISPOLI, *Funzione de' surrogati della pena detentiva*, in *Riv. pen.*, 1897, II, p. 425 ss.

¹⁴⁵ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 76 il quale rileva come "L'applicazione della pena detentiva tende così a collocarsi nell'ambito di una serie di opzioni che dovendosi basare su valutazioni strettamente connesse all'individuo, non possono che essere rimesse alla discrezionalità del giudice",

¹⁴⁶ G. SLIWOWSKI, *Tecnica penitenziaria, politica penitenziaria, diritto penitenziario*, cit., p. 290 il quale colloca in questo momento storico la nascita della c.d. "scienza penitenziaria" intesa come superamento di una organizzazione carceraria fondata in modo esclusivo sull'efficacia della tecnica custodiale.

¹⁴⁷ F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 364: "la eliminazione delle pene detentive di breve durata, è per tale linea di tendenza, soltanto il primo passo sulla strada della graduale soppressione del carcere"; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 242.

dei meccanismi punitivi fondati sulla limitazione della libertà¹⁴⁸ suggerisce di porre mano non solo al sistema delle sanzioni edittali, ma anche alla stessa disciplina dell'esecuzione¹⁴⁹. In questo senso si muovono le riforme che, a partire dagli anni sessanta e settanta, hanno inciso sulla configurazione del sistema sanzionatorio e sulla disciplina penitenziaria, mostrando crescente attenzione per i profili di progressività del trattamento e le possibilità di esecuzione extramuraria alla pena detentiva.

L'affermarsi di una concezione della prevenzione speciale in chiave di rieducazione e risocializzazione – frutto di orientamenti criminologici che tengono conto delle discriminazioni sociali che accompagnano l'ingresso all'istituzione carceraria¹⁵⁰ e del mutato assetto dei valori costituzionali, in Italia come in altri Paesi occidentali¹⁵¹ – si accompagna dunque a un rinnovato interesse per le "questioni penitenziarie", testimoniato nel nostro Paese dall'impegno teorico e politico-ideologico sfociato nel processo di riforma della legge penitenziaria. La valorizzazione del principio rieducativo, quindi, non si traduce soltanto in criterio ispiratore di rinnovate proposte di modifica del catalogo delle tipologie sanzionatorie¹⁵² – destinate a trovare riscontro con l'approvazione della legge 24

¹⁴⁸ La richiamata "crisi di legittimazione" emerge con chiarezza dalle parole di L. EUSEBI, *La pena in crisi*, cit., p. 95 secondo il quale "una prospettiva di reintegrazione sociale non può considerare strumento che le sia consono la segregazione carceraria, e quindi è improponibile che la reclusione sia giustificata, o dilatata, per ragioni attinenti al miglioramento delle (future) opportunità del condannato nella vita civile o comunque per favorire una sua maggiore disposizione al rispetto delle leggi".

¹⁴⁹ In questa prospettiva, con spiccato accento sulle esigenze di prevenzione speciale rispetto ai delinquenti primari si leggano le considerazioni di P. NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 8: "È necessario adattare qualità e quantità della pena e modalità di esecuzione della stessa alla personalità del soggetto, temperando l'esigenza punitiva con l'esigenza umanitaria e lo scopo della rieducazione".

¹⁵⁰ Si veda per una sintesi delle posizioni espresse dalla dottrina sociologica e criminologica a cavallo tra gli anni cinquanta e sessanta M. PAVARINI, *La pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, p. 1ss.; A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *La questione criminale*, 1979, p. 147 ss.; F. SACK, *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, in R. KÖNIG, F. SACK, *Kriminalsoziologie*, Frankfurt am Main, p. 431 ss. In una più ampia prospettiva, per una lettura del carcere come strumento di "gestione separata degli illegalismi", cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 299.

¹⁵¹ Sul punto e per tutti F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO, *Influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, p. 567 ss. ove si nota come sul dibattito relativo al teleologismo delle pene incida in modo sensibile la dimensione solidaristica e sociale che caratterizza diversi ordinamenti costituzionali contemporanei: "Sul piano dei principi costituzionali è frequente il collegamento, in termini di logica consequenzialità, tra il superiore principio dello Stato sociale e quello, corollario del primo, del finalismo rieducativo della pena". Sul rapporto tra l'affermazione di un diritto penale circoscritto alla tutela contro "aggressioni significative a beni costituzionalmente rilevanti" e funzione rieducativa, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 1974, p. 20 ss.; E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 58; G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 c. 3 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, cit., p. 27.

¹⁵² F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., p. 364 ss.; ID., *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco*, in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, cit., p. 41: "quanto più un sistema penale è caratterizzato nel senso della prevenzione speciale (rieducazione e risocializzazione del reo), tanto maggiore

novembre 1981, n. 689 – ma produce i suoi effetti più fecondi sul piano dell'elaborazione dei nuovi contenuti del trattamento penitenziario¹⁵³. Al pari di quanto accade negli stessi anni in altri ordinamenti europei¹⁵⁴, anche in Italia infatti l'accento cade sulla necessità di favorire: a) le attività lavorative e culturali all'interno del penitenziario; b) gli strumenti autorganizzazione dei detenuti; c) i contatti con la società libera. A permeare gli sforzi dei riformatori è comunque un'idea di risocializzazione che lega la prospettiva teleologica della sanzione penale a una funzione di socializzazione sostitutiva, intendendo la rieducazione in chiave di recupero sociale del condannato, di riscatto da una condizione di "sottosviluppo o emarginazione sociale"¹⁵⁵.

In questa prospettiva deve dunque leggersi il contenuto dell'offerta trattamentale delineata dalla legge sull'ordinamento penitenziario quale asse portante del regime detentivo cui sono sottoposti i condannati. La summenzionata legge prevede infatti che nei confronti di questi ultimi debba essere attuato un trattamento rieducativo tendente, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al "reinserimento sociale degli stessi". Da ultimo, anche il regolamento penitenziario (d.p.r. 30 giugno 2000 n. 230), al suo art. 1, descrive il trattamento come "diretto a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale". La normativa penitenziaria, richiamata qui nelle sue fondamentali enunciazioni di principio, se da un lato non sposa

deve essere la gamma degli strumenti sanzionatori o di mezzi alternativi alle sanzioni penali in senso classico che esso offre al giudice".

¹⁵³ G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario*, in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, cit., p. 12 il quale all'alba della riforma carceraria formulava auspici per "un carcere non più afflittivo ed oppressivo, ma tendente al recupero politico e sociale del condannato, alla sua valorizzazione di uomo e di cittadino".

¹⁵⁴ Sulla vicenda storica che ha condotto all'adozione dello *Strafvollzugsgesetz* tedesco, H. MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, 1970, p. 1 ss. Per uno spaccato sul processo di riforma che ha condotto all'adozione della prima e della seconda legge di riforma del diritto penale in Germania, cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale: l'alternativ Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984, *passim.*; per la ricezione del principio rieducativo nella *ley general penitenciaria* spagnola F. MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente: analisis y critica de un mito*, in *Revista de ciencias sociales*, 1979, p. 73 ss.

¹⁵⁵ G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 c. 3 Cost.*, G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, cit., p. 276; da ultimo nello stesso senso V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., p. 198. Lo sforzo riformista cerca (non senza contraddizioni e difetti) di riplasmare il "trattamento" alla luce dei principi di umanizzazione e rieducazione superando il paradigma custodiale fondato su afflizione e sopraffazione proprio del regolamento Rocco. Quest'ultimo, in nome di una finalità *latu senso* correzionale-emendativa imperniava "l'offerta trattamentale" sui soli elementi della religione, del lavoro e dell'istruzione, la cui prescrizione rivestiva tuttavia anche una componente di tipo disciplinare, comprovata dalla possibilità di irrogare sanzioni nei confronti dei soggetti che aderissero al programma di trattamento; cfr. G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario*, in *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, cit., p.10.

una concezione del trattamento rieducativo di impronta medico-terapeutica¹⁵⁶, abbraccia però una definizione dell'attività trattamentale che appare, almeno parzialmente, ispirata ai modelli della terapia sociale¹⁵⁷. Nel mutato quadro delle funzioni attribuite alla pena, il contenuto del trattamento appare allora compendiarsi in una serie di attività a carattere tecnico: il riesame degli orientamenti di vita del condannato quale premessa per modificarne, consensualmente, gli atteggiamenti sociali ed affettivi esige infatti di fare ricorso a competenze specialistiche che, attraverso un'osservazione della personalità del condannato, consentano di elaborare un programma individualizzato degli interventi destinati a risocializzare la persona condannata¹⁵⁸.

Tra questi, oltre alle attività che il legislatore stesso definisce come "principali" – cioè istruzione, lavoro, religione, attività culturali, ricreative e sportive – debbono annoverarsi tutti gli interventi messi a disposizione dalle tecniche pedagogiche, psicologiche o psicopedagogiche, oltre naturalmente alle prestazioni terapeutiche necessarie agli infermi fisici, ai soggetti affetti da malattie psichiche e ai tossicodipendenti¹⁵⁹. Il carattere tecnico-specialistico della disciplina penitenziaria – pur ripudiando le premesse del positivismo scienziato – appare dunque elemento caratteristico dell'intera offerta di trattamento in cui si esaurisce l'esecuzione della pena. Una simile constatazione permette allora di meglio comprendere l'evocata *difficoltà di procedere a una dettagliata predeterminazione legislativa* dei contenuti e delle modalità della detenzione, e di enucleare, di riflesso, i limiti tassativi cui l'amministrazione penitenziaria

¹⁵⁶ Sul punto, in prospettiva critica, si legga G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e alternative alla detenzione*, cit., p. 107 il quale segnala tre ricorrenti implicazioni del "modello medico": a) la valutazione diagnostica della personalità; b) la prefigurazione di una personalità "nuova"; c) la capacità terapeutica del sistema in termini di conoscenze e di mezzi per attuare il programma rieducativo. Una simile declinazione dell'ideale rieducativo poteva ancora rinvenirsi nel disegno di legge di riforma dell'ordinamento penitenziario presentato il 12 gennaio 1966 (n. 1516), ove si parla di individualizzazione come di "adattamento specifico dei metodi di trattamento alle condizioni personali dei soggetti, essendo necessario affrontare con il medesimo vigore quelle particolari carenze che hanno portato o possono portare ognuno di essi in una situazione di insofferenza verso le regole basilari della convivenza". In merito a questo disegno di legge e alla sua relazione di accompagnamento, cfr. anche F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 279-280.

¹⁵⁷ In merito alla possibile riconducibilità del precetto costituzionale e delle disposizioni legislative e regolamentari agli schemi della "terapia sociale emancipante", G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 c. 3 Cost.*, G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, cit., p. 276; da ultimo nello stesso senso V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., p. 199. Per l'elaborazione di questa teoria, cfr. B. HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in K. LÜDERSSEN, H. SACK (a cura di), *Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1977, p. 291 ss.

¹⁵⁸ H. MÜLLER-DIETZ, *Abschied vom (Re-)Sozialisierungsgedanken?*, in *Resozialisierung – Utopie oder Chance?*, Köln, 1999, p. 77 ss.

¹⁵⁹ G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e alternative alla detenzione*, cit., p. 112 ss.

va incontro nell'esercizio dei propri poteri¹⁶⁰. Difatti, fintantoché l'esecuzione penitenziaria risultava imperniata sulla mera custodia del detenuto poteva risultare agevole statuire analiticamente "quali dovessero essere i comportamenti esteriori del personale preposto"¹⁶¹; a fronte di un'esecuzione (e più in generale di una detenzione) necessariamente articolata in una variegata serie di attività a contenuto specialistico, viceversa, la stessa esigenza costituzionale di prefigurazione normativa delle modalità detentive finisce per attenuarsi¹⁶². A un simile esito contribuisce, del resto, la stessa necessità di individualizzazione del trattamento – insita nella funzione rieducativa assegnata alla pena – la cui "condizione di possibilità" non può che consistere nel riconoscimento all'amministrazione penitenziaria di un margine di discrezionalità necessario ad articolare in concreto le modalità operative dell'offerta trattamentale¹⁶³.

Il carattere tecnico-specialistico del trattamento, e la sua individualizzazione a fini di reinserimento sociale, costituiscono quindi un riflesso del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27 c. 3 Cost. e, in quanto espressioni di tale principio costituzionale, debbono essere posti in bilanciamento con le istanze garantiste di legalità che discendono dall'art. 25 c. 2 Cost. (nonché dall'art. 13 Cost). Come già si è detto con riferimento alle modifiche del regime carcerario che introducano un aggravio per la libertà personale del detenuto, tuttavia, anche le modalità dell'esecuzione dettate dalle "normali" esigenze di trattamento non possono risultare del tutto sottratte alla "sfera della vincolatività alla legge"¹⁶⁴. Vanno in questo senso gli orientamenti dottrinali secondo i quali la formula per cui "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" si presta ad essere estensivamente interpretata fino a ricomprendere anche lo

¹⁶⁰ Del resto nell'ambito della dottrina della *defense sociale nouvelle*, non si è mancato di sostenere l'opportunità di un totale affidamento dell'esecuzione penale all'autorità amministrativa, in nome di una vera e propria individualizzazione del trattamento che rischierebbe di essere "automatizzata" e "standardizzata" se affidata alle cure dell'autorità giudiziaria, cfr. M. ANCEL, *Les mesures de sureté en matière criminelle*, Melun, 1950, p. 22 ss.; J. PINATEL, *Le traitement des délinquants*, in *Rev. sc. crim.*, 1964, p. 163 ss.

¹⁶¹ Relazione al disegno di legge "su ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minorile" presentato il 12 gennaio 1966 (n. 1516), in *Rass. st. penit.*, 1966, p. 67; richiamato in F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 279-280

¹⁶² F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 279-280; 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. 157 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *La resocialisation del delincuente: analisis y critica de un mito*, cit., p. 134; in senso analogo, da ultimo, V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., p. 199.

¹⁶³ G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 98 ss.; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 7 ss.

¹⁶⁴ F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 280; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 232 ss.; A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 30.

stesso trattamento punitivo¹⁶⁵. Come già osservato, infatti, l'esecuzione penale potrebbe a ragione essere riguardata come pena in senso "dinamico", riservando alle garanzie della legge la disciplina delle modalità del trattamento e del regime penitenziario¹⁶⁶. In quest'ottica – preso atto della necessità di conservare un margine di discrezionalità amministrativa per consentire il pieno svolgimento delle attività del trattamento – un compromesso potrebbe risiedere – come a suo tempo autorevolmente proposto – in un'enumerazione tassativa di tutti i diritti riconosciuti al detenuto nell'ambito di tale attività; siano essi o meno ricompresi nel più ampio diritto alla rieducazione e al trattamento.

Il novero dei diritti soggettivi spettanti al detenuto – oggi attingibile da una lunga serie di testi normativi: dalla legge sull'ordinamento penitenziario al regolamento di esecuzione della legge stessa – risulta comunque, sin qui, non essere stato oggetto di dettagliata elencazione da parte del legislatore, cosicché a colmare le lacune della trama normativa è stata – almeno in parte – la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁶⁷. A quest'ultima, in particolare, va ascritto il merito di avere ribadito come la privazione della libertà personale non si accompagni a una perdita della titolarità dei diritti inviolabili che spettano al detenuto come irrinunciabile attributo della sua personalità. Sennonché appare innegabile come, nel presente assetto ordinamentale, non risulti affatto agevole stabilire *quali siano le posizioni soggettive tutelabili*¹⁶⁸, in che misura queste risultino *incise dalle contrapposte esigenze* imposte dalla detenzione e, in particolare, quali di esse risultino direttamente *giustiziabili* mediante reclamo di fronte al *giudice ordinario*¹⁶⁹. A ciò si aggiunga, da ultimo, che persino *l'ampiezza* del controllo giurisdizionale in merito agli atti dell'amministrazione è rimasta per lungo tempo priva di una chiara delimitazione, mentre continuavano a restare altrettanto imprecisati gli *effetti* per l'amministrazione del

¹⁶⁵ G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 323; F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 280. Nella stessa prospettiva si veda Corte cost., sent. n. 285 del 1991 in *Giur. cost.*, 1991, p. 2288 ove si parla di "principio della riserva alla legge del trattamento sanzionatorio".

¹⁶⁶ F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 280; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 232 ss.

¹⁶⁷ Analogamente, nell'ordinamento tedesco è toccato al *Bundesverfassungsgericht* il compito di precisare lo statuto giuridico del detenuto e il novero dei diritti spettanti al a quest'ultimo a seguito della condanna, cfr. C. GUSY, *Freiheitsetziehung und Grundgesetz*, in *NJW*, 1992, p. 461 ss.

¹⁶⁸ A tale risultato ha del resto contribuito il linguaggio utilizzato dagli estensori della riforma penitenziaria per l'individuazione dei diritti compatibili con la detenzione stessa: formule ambigue ("sono ammessi", "è assicurato", "è consentito") rendono incerto il confine tra graziosa concessione e diritto inteso come garanzia, cfr. L. STORTONI, *Libertà e diritti dei detenuti nel nuovo ordinamento penitenziario*, F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., p. 84 ss.

¹⁶⁹ A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 241; F. FIORENTIN, L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali delle persone detenute tra giurisprudenza costituzionale e disciplina europea*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 231 ss.

provvedimento emanato dal giudice e le conseguenze in caso di inottemperanza¹⁷⁰. In questo risiede un ulteriore aspetto di "incertezza" che contraddistingue l'attuale sistema di tutela dei diritti dei reclusi, di cui si darà opportunamente conto nel prosieguo della trattazione.

¹⁷⁰ Sembraerebbero così sfumare le condizioni individuate dalla dottrina all'indomani della riforma penitenziaria, per l'effettivo godimento dei diritti individuali del detenuto e consistenti: a) nella precisa identificazione e previsione legislativa dei diritti individuali, b) nell'esistenza delle condizioni di fatto che rendano concretamente possibile l'acquisizione e il godimento dei benefici che il diritto implica; c) nella previsione legislativa di rimedi che consentano ai detenuti di reclamare il diritto negato o di attuare la difesa del diritto contestato; d) nell'effettivo e libero accesso all'uso dei mezzi processuali previsti dalla legge; e) nella possibilità di ottenere che la decisione del giudice in sede giurisdizionale sia effettivamente eseguita; cfr. G. DI GENNARO, E. VETERE, *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rass. st. penit.*, 1975, p. 17.

CAPITOLO SECONDO

SOMMARIO: 1. Il superamento delle concezioni che limitano il riconoscimento dei diritti del detenuto. – 2. Le premesse al mutamento di prospettiva: la dignità umana e diritti della personalità. – 3. La dignità della persona tra umanizzazione della pena e diritti inviolabili del detenuto. – 4. La residua libertà del detenuto e le garanzie applicabili alla sua restrizione. – 5. Il diritto alla salute del detenuto: integrità psico-fisica, diritto alle cure, libertà di autodeterminazione. – 6. Il diritto alla libertà sessuale: affettività e sessualità in carcere e nei rapporti con il mondo esterno. – 7. Il diritto ai rapporti con il mondo esterno: libertà di comunicazione e diritto di difesa. – 8. Il diritto alla rieducazione del condannato tra pari dignità sociale e prevenzione speciale. – 9. Legalità e giurisdizionalità dell'esecuzione penitenziaria: i problemi ancora aperti.

1. *Il superamento delle concezioni che limitano il riconoscimento dei diritti del detenuto.*

Nei paragrafi che precedono si sono sommariamente delineate le ragioni teoriche che hanno determinato il marginale spazio riconosciuto ai diritti del detenuto nell'ambito dell'esecuzione penale e più in generale della detenzione legale. È ora venuto il momento di dare schematicamente conto del processo evolutivo che ha condotto a una più sistematica e capillare tutela delle posizioni soggettive di cui sono titolari i reclusi nel loro rapporto dialettico con l'amministrazione penitenziaria; un risultato, questo, a cui si è giunti, in particolare, attraverso il superamento di alcuni di quei presupposti teorico-dogmatici cui si è fatto cenno nell'ambito della prima sezione del lavoro. Si allude, segnatamente, a quelle premesse interpretative che hanno condotto, a seconda dei casi: a negare la configurabilità di vere e proprie posizioni soggettive in capo ai detenuti; a degradarle a interessi legittimi o a mere aspettative di fatto; a limitarne al massimo gli strumenti di tutela giurisdizionale. Minore attenzione, viceversa, pare essere stata dedicata al problema dei contenuti e delle modalità del trattamento; questione essenziale per delimitare con esattezza il residuo margine di libertà lasciato al detenuto per esercitare i propri diritti fondamentali. In particolare, a rivelarsi piuttosto ambigua è la già richiamata distinzione tra elementi del trattamento e misure non rientranti nel regime carcerario: causa di non poche incertezze interpretative e foriera di soluzioni applicative spesso inappaganti sotto il profilo del diritto alla libertà personale del detenuto.

Nei paragrafi che seguono si cercherà di tracciare per linee essenziali il dato costituzionale che emerge dalla combinazione tra disposizioni della Carta fondamentale e la dimensione *in action*, rappresentata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Dopo avere posto le opportune premesse al mutamento di prospettiva e evidenziato la centralità del ruolo giocato dal “valore della dignità” nell’attribuzione di diritti inviolabili alle persone detenute, si concentrerà l’attenzione su talune situazioni soggettive, al fine di saggiarne la compatibilità con lo stato di detenzione (*rectius* con le esigenze ad esso sottese). Ad essere presi in considerazione saranno, in particolare, i diritti alla salute, all’affettività e alla libertà di comunicazione e corrispondenza. Come vedremo, infatti, essi costituiscono i diritti più immediatamente riconducibili a quella “libertà della persona come unità psico-fisica”¹⁷¹, il cui riconoscimento costituisce il vero caposaldo del “modello costituzionale di carcere” venutosi delineando nella giurisprudenza costituzionale¹⁷² e nella elaborazione scientifica recente¹⁷³. Non si è mancato di evidenziare, inoltre, come il riconoscimento di siffatti diritti contribuisca alla tutela della dimensione basilica o fondamentale della dignità umana, quella soggettivo-personalistica¹⁷⁴. Come si avrà cura di evidenziare, però, il detenuto è titolare anche di situazioni soggettive che attengono, viceversa, alla dimensione relazione-solidaristica della persona umana, e trovano la propria espressione nel diritto alla rieducazione costituzionalmente sancito all’art. 27 c. 3 Cost.¹⁷⁵.

¹⁷¹ Per un’interpretazione dell’art. 13 Cost. tesa a estendere il concetto di “libertà personale” – e il relativo requisito della “inviolabilità” – non solo alla libertà fisica ma, più in generale, alla libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità, cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 12 secondo il quale, intesa in tale accezione, la libertà della persona dovrebbe essere riguardata quale matrice di tutti i diritti personali.

¹⁷² Corte cost. sent. 349 del 1993, cit., punto 4.2. del *considerato in diritto*: “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”. Su tale pronuncia come avvio di un percorso giurisprudenziale attento, come mai in precedenza, al principio di umanizzazione e ai diritti fondamentali delle persone in esecuzione penale, cfr. S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie*, cit., p. 118; nello stesso senso, cfr. G. M. NAPOLI, *Salute, affettività, libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014, p. 7 ss.

¹⁷³ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 52 secondo il quale lo stato di detenzione non comporta la perdita dei diritti inviolabili e, in particolare, stante il riconoscimento in capo al detenuto di un residuo di “libertà della persona”, questi resta titolare delle sue “principali estrinsecazioni”, cioè “i diritti all’identità, all’interiorità e all’integrità psico-fisica”; si vedano altresì, con varietà di accenti, S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie*, cit., p. 118; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., p. 8 ss.; F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria*, cit., p. 2810 ss.; A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 7 ss.

¹⁷⁴ G. M. NAPOLI, *Salute, affettività, libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, cit., p. 7 ss.

¹⁷⁵ A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 7 ss. il quale opportunamente distingue tra due tipologie di diritti del detenuto, quelle che appartengono allo stesso in qualità di cittadino e che egli conserva in quanto non siano oggettivamente incompatibili con lo stato di detenzione e quelle che invece spettano al detenuto in relazione alla sua speciale condizione di persona privata della libertà personale. Il diritto alla rieducazione può sintetizzarsi nel diritto del detenuto a usufruire di tutte quelle misure che murali e extramurali nelle quali tale funzione si concretizza. Resta inteso tuttavia come siffatte categorie di diritti presentino numerosi “punti di contatto”, al punto da fare talora risultare il confine tra esse quasi inafferrabile. Basi pensare al riguardo che alcuni tipici diritti di libertà (come quelli di cui agli artt. 15 e 19 Cost.) finiscano per atteggiarsi all’interno dell’istituzione carceraria quali veri e propri elementi del trattamento; sul punto si

Lungi da potersi ridurre a un semplice rapporto di presupposizione logica (A presuppone B)¹⁷⁶, il nesso tra queste due concezioni della dignità umana, e tra i diritti che ad esse fanno capo, può rivelarsi assai più complesso e manifestarsi talora sotto forma di vero e proprio conflitto. A tale conclusione deve giungersi laddove si muova dal presupposto che il ricorso teoria delle fonti può talora rivelarsi insufficiente a spiegare i complessi rapporti che intercorrono tra principi costituzionali¹⁷⁷, anche in ragione di una interazione tra livelli ordinamentali (nazionale, sovranazionale, internazionale¹⁷⁸) sempre più pluralistica e difficilmente riconducibile entro gli schemi della *Stufenbau* kelseniana¹⁷⁹. In questo contesto, sembra più utile fare proprie talune premesse di teoria dell'interpretazione giuridica¹⁸⁰, e discernere tra interpretazione e significato in una prospettiva teleologica, mettendo cioè in evidenza le premesse assiologiche da cui scaturiscono principi e regole costituzionali¹⁸¹. Ove si tengano correttamente distinti valori, principi e regole può infatti ammettersi che da un medesimo valore scaturiscano principi diversi, destinati in taluni casi a confliggere; a ciò si aggiunga che talora può rivelarsi difficile concordare sul preciso significato da attribuire a una determinata premessa assiologica. Ciò appare chiaro ove si consideri la potenziale tensione tra i diritti inviolabili che spettano al detenuto come a qualsiasi persona umana, e quei diritti che invece costituiscono vero e proprio corredo alla privazione della libertà personale: si allude

veda G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e alternative alla detenzione*, cit., p. 112 ss.; G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., p. 98 ss.

¹⁷⁶ In questo senso pare muoversi invece la giurisprudenza costituzionale, si veda da ultimo Corte cost., sent. n. 279 del 2013, cit., punto 2 del *considerato in diritto*: “al riguardo, questa Corte ha messo in luce il contesto ‘unitario, non dissociabile’, nel quale vanno collocati i principi delineati dal terzo comma dell’art. 27 Cost., in quanto logicamente in funzione l’uno dell’altro, posto che, in particolare, ‘un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato’”; così anche Corte cost., sent. n. 12 del 1966. Adesivamente, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., p. 8.

¹⁷⁷ I più attenti studiosi di teoria generale hanno del resto da tempo posto in evidenza il ruolo costitutivo assegnato all'interpretazione giurisprudenziale nell'ambito degli odierni stati di diritto costituzionali, i cui principi supremi condizionano a vario titolo l'applicazione della legge ordinaria e il controllo sulla sua validità; cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, pp. 97, 348-349, 916

¹⁷⁸ A. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali, tra teorie delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Ragion pratica*, 2002, p. 63 ss.

¹⁷⁹ M. DELMAS-MARTY, *La jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme et la logique du flou*, 1992, p. 1033 ss.

¹⁸⁰ Per una breve rassegna delle diverse impostazioni teorico-generalì in tema di interpretazione giuridica cfr. V. VILLA, *La teoria dell'interpretazione giuridica tra formalismo e anti-formalismo*, in *Etica & Politica*, 2006, p. 1 ss.; per una diversa impostazione che distingue nell'ambito di formalismo e anti-formalismo tra “versioni moderate” e “versioni estreme” cfr. V. VELLUZZI, *Sulla nozione di “interpretazione giuridica corretta” (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2589 ss..

¹⁸¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 175 secondo il quale anche le norme costituzionali presuppongono “giudizi di valore” i quali per definizione si svolgono in uno spazio meta-normativo e fluido.

segnatamente al generale diritto del condannato alla risocializzazione e agli obblighi di prestazione in capo allo Stato che ne scaturiscono quale ideale “concretizzazione”¹⁸².

Resta inteso comunque come, malgrado le ambiguità appena rilevate, nessuno spazio residui per la teoria della supremazia speciale – o altre varianti della stessa – ai fini della concettualizzazione dei diritti della persona detenuta. Il modello di carcere tratteggiato dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale non può infatti che porsi in linea con il più ampio progetto di società e di Stato elaborato dai costituenti: in tale contesto, un ruolo fondamentale riveste la “centralità della persona umana” quale pilastro del sistema di valori su cui poggia la Carta costituzionale e come valore tale da mettere al bando qualsiasi concezione del rapporto esecutivo penale fondato sulla completa soggezione della persona *in vinculis* al potere dell’ autorità pubblica¹⁸³. Analogamente, non pare potersi accreditare un’ impostazione che ricerchi il fondamento delle restrizioni imposte ai diritti del detenuto in presunti “limiti impliciti” dei diritti di cui si intenda fare valere la titolarità¹⁸⁴. Nella trattazione che segue, pertanto, si cercherà di individuare il contemperamento tra diritti delle persone recluse ed esigenze implicate nel regime detentivo così come stabilito, di volta in volta, dalla Costituzione, dalla legge ovvero dal giudice costituzionale. A tal fine, tuttavia, sembra opportuno fare un passo indietro e interrogarsi sul concetto di dignità umana fatto proprio dalla nostra Carta fondamentale, onde meglio chiarire il rapporto tra principi di umanizzazione e rieducazione e delineare il contenuto dei diritti fondamentali che ne costituiscono l’ articolazione.

2. Le premesse al mutamento di prospettiva: la dignità umana e diritti della personalità.

Ove si vogliano ricostruire le premesse di ordine costituzionale che hanno portato a ricalibrare il contenuto del trattamento penitenziario alla luce dei diritti inviolabili della persona, è giocoforza prendere le mosse dal concetto di dignità umana, nella sua duplice accezione di valore e principio fondamentale dell’ ordinamento costituzionale. È noto, del

¹⁸² G. DI GENNARO, E. VETERE, *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, cit., 1975, p. 18.

¹⁸³ F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell’ amministrazione penitenziaria*, cit., p. 2814-2815; A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 6.

¹⁸⁴ Corte cost., sent. n. 1 del 1956 in *Giur. cost.*, 1956, p. 1 ss. “il concetto di limite è insito nel concetto e [...] nell’ ambito dell’ ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente”. La migliore dottrina costituzionalistica ha tuttavia in seguito avvertito come i diritti costituzionali non nascano “limitati”, ma debbano viceversa presumersi nella maggiore ampiezza possibile, cfr. P. BARILE, *Diritti dell’ uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 56. Sul punto si veda l’ attenta ricostruzione critica di R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, p. 56 ss.

resto, come la Costituzione italiana – al pari di altre Carte fondamentali¹⁸⁵ – abbia posto tale premessa assiologica al centro dell'ordinamento da essa fondato, determinando un radicale mutamento di paradigma rispetto all'assetto valoriale su cui poggiava l'ordinamento pre-repubblicano¹⁸⁶. L'ascesa della dignità umana segna cioè il passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale, tra le cui note fondamentali deve annoverarsi la preesistenza dei diritti individuali rispetto all'autorità statale¹⁸⁷ e la destinazione di questa al servizio della persona umana. Come è stato osservato, inoltre, l'anteposizione del “valore” di dignità dell'uomo sancisce il rifiuto “di un'ideologia totalitaria in cui la persona umana era stata funzionale al benessere della collettività”; un'inclinazione ideologica esemplificata, nella materia penitenziaria, dalle sinistre aspirazioni del regime fascista a realizzare – attraverso l'istituzione carceraria – una “grande bonifica umana”¹⁸⁸ intesa come processo di conformazione dei singoli cittadini alle scelte politiche e sociali del regime¹⁸⁹.

All'indomani del secondo conflitto mondiale il “non meglio precisato” concetto di dignità umana finisce così per tracciare l'orizzonte in vista del quale i diversi Costituenti europei hanno inteso operare¹⁹⁰ riverberandosi, a seconda dei casi, in enunciazioni “di principio” ovvero consolidandosi come sostrato assiologico di più precipue previsioni positive. Quanto all'Italia il termine valoriale in discorso attraversa come un fiume carsico l'intero testo costituzionale, venendo in superficie grazie ai richiami diretti operati da diverse disposizioni costituzionali oppure restando sotto traccia, quale riferimento implicito di altre previsioni che ne condividono la medesima “esigenza di valore”¹⁹¹. Ben

¹⁸⁵ Si vedano per tutti i riferimenti richiamati in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di) *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, p. 221 ss. e in particolare p. 224 nota 7 ove si fa riferimento tra le altre alla Dichiarazione generale dei diritti dell'uomo, e alle costituzioni tedesca, spagnola e irlandese.

¹⁸⁶ P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 77 ss. A tale mutamento di prospettiva si accompagna il superamento di una concezione economicistica della “persona” con il passaggio dal binomio libertà/proprietà a quello libertà/dignità; cfr. A. BALDASSARE, voce *Libertà. Problemi generali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XIX, p. 20.

¹⁸⁷ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1 ss. secondo il quale i diritti di libertà sono fondamentali in quanto non fondati dallo Stato ma fondanti la sua ragion d'essere “quali parametri esterni e oggettivi della sua organizzazione, delimitazione e disciplina funzionale”.

¹⁸⁸ D. GRANDI, *Bonifica umana: decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria*, Roma, 1941.

¹⁸⁹ G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile: una prospettiva storica*, relazione al convegno “*Diritto penitenziario e Costituzione. Giornata inaugurale del Master in Diritto penitenziario e Costituzione*”, par. 2.5.

¹⁹⁰ G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 45 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 317. Sul c.d. processo di giuridificazione della dignità umana, culminato storicamente nella sua ricezione all'interno del Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr. P. BECCHI, *La dignità umana nel Grundgesetz e nella Costituzione italiana*, in *Ragion pratica*, 2012, p. 25 ss.

¹⁹¹ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di) *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 225; analogamente, F. GAMBINI, *Il principio di dignità*, in P.

si comprende, quindi, come un'analisi che intenda dar conto del dato costituzionale positivo che il concetto in parola ha contribuito a formare debba prendere in esame non solo e non tanto le disposizioni che tutelano e richiamano la dignità in quanto tale, ma anche e soprattutto quelle che facendovi solo implicitamente riferimento "costituiscono il vero reticolo normativo su cui la protezione della dignità si fonda"¹⁹². In quest'ottica non potrà non tenersi in considerazione, anzitutto, il principio di umanizzazione del trattamento (art. 27 c. 3 Cost.) che di quel valore costituisce, univocamente, una delle più chiare espressioni costituzionali¹⁹³, e spingersi financo a considerarne le implicazioni sotto il profilo della rieducazione del condannato.

Per potere esaminare (e sottoporre a critica) le soluzioni interpretative che la formula in esame di volta in volta fonda o giustifica argomentativamente appare opportuno provare a prendere posizione sulla natura e la funzione del "concetto" di dignità umana. Trattasi, è facile intuirlo, di compito tutt'altro che agevole se è vero che quello in discorso costituisce un tipico "concetto interpretativo", vale a dire una categoria concettuale di natura intrinsecamente polisemica quando non addirittura intuitiva. Senza addentrarci da subito sul piano dei "contenuti", è sufficiente osservare come, anche limitandosi all'ambito delle definizioni formali, una rapida rassegna della letteratura riconsegna un panorama talmente variegato da risultare disarmante: a fianco di chi vede nel concetto di dignità un "valore supercostituzionale" ovvero un "principio fondamentale" e supremo dell'ordinamento costituzionale, vi è infatti chi vi ravvisa un vero e proprio diritto o, in una accezione leggermente differente, il contenuto minimo di ciascun diritto fondamentale quale dovrebbe risultare all'esito di opportuni bilanciamenti tra principi costituzionali. Un quadro a tal punto frastagliato da suggerire ad alcuni un orientamento "agnostico" per cui risulterebbe addirittura impossibile pervenire a una definizione risolutiva del concetto¹⁹⁴.

CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, Vol. I, Torino, 2005, p. 231 ss. e in particolare p. 233. "Come in una sorta di "big bang", il valore in discorso - pur essendo talvolta richiamato *sic et simpliciter* in alcune norme costituzionali - si è insomma più spesso diluito e distribuito in una corposa serie di principi e di regole che ne ospitano "dosi" e "sfaccettature" più o meno intense e significative", cfr. P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., p. 318.

¹⁹² F. GAMBINI, *Il principio di dignità*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, cit., p. 233; C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, Torino, 2013, p. 102 secondo la quale "del fine di tutelare la dignità umana resta imbevuta tutta la Costituzione".

¹⁹³ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di) *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 225: "che vuol dire, infatti, che le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, se non che devono rispettare la dignità dell'uomo?".

¹⁹⁴ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di) *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 225

Al riguardo, facendo proprio un approccio di teoria generale sufficientemente condiviso¹⁹⁵, ci sembra si possa convenire con quanti invitano a distinguere a seconda che la dignità umana rilevi quale valore extragiuridico presupposto alle disposizioni costituzionali o, viceversa, si inveri in una o più di esse quale principio o regola suscettibile di immediata applicazione¹⁹⁶. Sul punto peraltro è da subito opportuno un chiarimento in merito ai rapporti tra valori, principi e regole¹⁹⁷, utile premessa per affrontare l'esame della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei detenuti. I valori, infatti, collocandosi per loro natura in uno spazio meta-normativo, appaiono caratterizzati da un ineliminabile coefficiente di "ineffabilità", risultando al contempo contraddistinti da una necessaria "eccedenza assiologica" rispetto ai valori o alle regole che li specificano. Da un lato, infatti, essi non si prestano ad essere definiti, potendosi al più "immaginare, intuire o pronunciare"¹⁹⁸, come conferma anche la circostanza che gli accordi su di un determinato valore – o sul suo *nomen* – finiscano sovente per nascondere "idee assolutamente diverse circa la sua sostanza". Dall'altro, il valore quand'anche si sostanzia in un principio, non ne risulterà mai interamente esaurito, ed anzi l'eccesso di assiologia che contraddistingue il valore fa sì che da una medesima "costellazione valoriale" possano ricavarsi principi distinti e suscettibili di entrare reciprocamente in conflitto.

A loro volta i principi, che pure costituiscono la positivizzazione o la secolarizzazione dei valori, appaiono affetti da una peculiare forma di "indeterminatezza", poiché per definizione si limitano a prescrivere che "qualcosa debba essere realizzato nella misura più ampia possibile". È del resto proprio questa caratteristica "a fare sì che, in caso di conflitto tra più principi rispetto a un caso concreto si debba stabilire tra essi una relazione di prevalenza" e "procedere a un loro bilanciamento". In ragione di tale evidenziata e costitutiva vaghezza, i principi – ma in modo non dissimile anche le regole –

¹⁹⁵ Sulla distinzione tra principi e regole, cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, 1978, p. 24-28 e 71-80: le regole offrono solo l'alternativa tra integrale applicazione o integrale disapplicazione, i principi all'opposto, non si prestano ad un'applicazione altrettanto lineare, perché di essi diventa necessario considerare il peso, determinante nell'ambito di una procedura di bilanciamento. Sul punto, cfr. anche R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, p. 10

¹⁹⁶ Invita a non confondere "valori" e "principi" G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 205 ss. secondo cui entrambe le categorie avrebbero in comune il riferimento agli stessi "beni" (ad esempio, la persona umana, la vita, la natura, la cultura, l'arte) ma si distinguerebbero per come tali beni sono "presi in considerazione".

¹⁹⁷ P. VERONESI, *"Valori", "principi" e "regole": tra dimensione positiva e metapositiva della Costituzione*, in *Ars Interpretandi*, 2014, p. 37 ss.

¹⁹⁸ Così F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*, par. 2; P. VERONESI, *"Valori", "principi" e "regole": tra dimensione positiva e metapositiva della Costituzione*, cit., p. 39; E. OPOCHER, voce *Valore* (filosofia), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1993, p.114 il quale afferma che è più facile sentire che definire un valore posto che "esso interessa quella che si potrebbe chiamare la sfera della sensibilità soggettiva".

richiedono, per essere compresi ed applicati, di convenire stipulativamente sulle specifiche “concezioni dei concetti” che stanno fuori o prima degli stessi¹⁹⁹. Siffatte concezioni, contribuiscono nella fase della decisione sul caso, a precisare il contenuto dei principi o se si preferisce, a fornire argomenti su cui il giudice fonda la propria ponderazione. Un simile fenomeno di eterointegrazione interpretativa²⁰⁰ risulta ancor più evidente ove ci si rapporti alle Carte fondamentali del Novecento – sovente espressive di variegate “visioni dei valori” perché improntate al meta-valore del pluralismo²⁰¹ – è giocoforza constatare come le stesse abbiano rinunciato a illustrare il contenuto dei principi più ideologicamente caratterizzati (e i criteri risolutivi delle antinomie tra questi), affidando la loro definizione all’opera del legislatore del giudice e della stessa Corte costituzionale.

Insomma, per riprendere una felice espressione²⁰², tutte le Costituzioni ospitano – in misura maggiore o minore – “accordi parzialmente teorizzati” che consentono, a soggetti con diverso retaggio culturale di accordarsi sul riconoscimento di un principio senza dover concordare su ciò che esso comporta nei singoli casi. Una circostanza questa a cui non si faticano ad associare rilevanti conseguenze a livello pratico-applicativo: per un verso infatti lo stesso principio o regola si presta ad essere filtrato, di caso in caso, attraverso una diversa lettura del concetto-valore ad essi sotteso e dunque secondo cadenze argomentative in cui trovano spazio a vario titolo le pre-comprensioni del giudicante; per altro verso, stante la vaghezza che, per le ragioni citate, caratterizza il dato testuale (sia esso costituzionale o legislativo) l’eventuale conflitto tra principi non potrà che esse risolto alla luce degli specifici fatti di causa anche laddove come, accade nel giudizio di legittimità costituzionale, l’attività decisoria non verta sulla soluzione di una controversia ma riguardi la conformità delle leggi a Costituzione. Facile comprendere come siffatte conclusioni finiscano per generare un certo disorientamento se è vero, come è stato affermato, che anche nella giurisprudenza costituzionale i fatti “non posso che essere quelli attinenti al singolo caso da decidere, perciò di volta in volta diversi”²⁰³; e d’altronde a conclusioni non dissimili può giungersi ove si discuta della giurisprudenza della Corte EDU, la cui giurisdizione contenziosa risulta istituzionalmente confinata alla soluzione del caso concreto.

¹⁹⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 205 ss.

²⁰⁰ Per una descrizione di tale fenomeno si rinvia per tutti a F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 163 ss.

²⁰¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 11. Sul punto vedi però L. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, p. 101 ss. e in particolare p. 107 ss. secondo il quale la sempre più complessa matrice pluralistica delle società contemporanee imporrebbe di individuare una vera e propria “teoria integrata della dignità umana”.

²⁰² C. R. SUSTEIN, *A cosa servono le costituzioni*, Bologna, 2009, p. 80 ss.

²⁰³ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 35.

Il fenomeno descritto trova precisa conferma nelle dinamiche interpretative relative ai principi e alle regole costituzionali che scaturiscono dal valore della dignità umana. Tale concetto costituisce infatti l'esempio forse più evidente degli "accordi parzialmente teorizzati" rinvenibili tra le pieghe del dettato costituzionale. Tanto le disposizioni che esplicitamente si richiamano al contenuto valoriale della dignità (si pensi all'art. 41 c. 2 Cost.) quanto quelle che solo esplicitamente vi alludono, infatti, non forniscono all'interprete alcun criterio per dirimere eventuali conflitti tra i principi che ne costituiscono la gemmazione. Si tratta di un riflesso evidente della molteplicità di prospettive con cui i costituenti guardavano al valore-dignità, ma le cui ricadute sul piano delle soluzioni interpretative risultano oggi tangibili sol che si ponga mente a taluni temi "difficili" quali l'eutanasia volontaria, la sperimentazione sugli embrioni, la clonazione terapeutica, la maternità surrogata, la prostituzione volontaria, l'aborto, l'assunzione di stupefacenti: condotte che si prestano, a seconda delle diverse "concezioni del concetto", ad essere autorizzate o vietate in nome del solo riferimento alla dignità della persona. Ciò consente di affermare che, anche ove si assuma esplicitamente la dignità umana come fondamentale valore meta-giuridico sottostante a un determinato principio costituzionale, non può per ciò solo comprendersi che cosa questo significhi né quando – anche all'esito di un eventuale bilanciamento – tale valore possa dirsi inequivocabilmente violato.

Il quadro sin qui esposto dovrebbe perciò avvertire dei rischi insiti nella pretesa di individuare la soglia minima di tutela dei diritti delle persone reclusi a partire dal valore della dignità umana: non solo infatti il testo costituzionale non offre soluzioni definitive a riguardo, ma la varietà delle circostanze di fatto con cui l'interprete trova, di volta in volta, a confrontarsi rischia di trasformare quello in discorso in un afferrabile "confine mobile". Sennonché, pur tenendo conto delle avvertenze metodologiche di cui si è detto, occorre provare a reperire la "sostanza" del valore-dignità per poter meglio chiarire – attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale – quale "utilizzo" sia stato fatto di tale concetto per riconoscere e tutelare i diritti dei reclusi. Si tratta, quindi, di comprendere come si atteggi la dignità dell'uomo nella dimensione operativa in cui principi e regole costituzionali vengono "manovrati" per proteggere, nelle fattispecie concrete, i diritti delle persone private della libertà personale. Se è vero, infatti, che da un punto di vista teorico-generale i diritti e i principi positivizzati debbono rimanere distinti dai valori che hanno contribuito a plasmarli, non può però revocarsi in dubbio che la violazione di un diritto nel

suo nucleo essenziale costituisca il primo sintomo di un *vulnus* al valore della dignità che lo ha ispirato²⁰⁴.

In un'ottica ricostruttiva volta, da un lato, a tener conto dei principi e delle regole formalizzati in Costituzione e capace, dall'altro, di sintetizzare le posizioni presenti nella "comunità degli interpreti", si è recentemente proposto di individuare la sostanza del valore-dignità attraverso la contestuale "presa in carico" del principio personalista di cui all'art. 2 Cost., della "pari dignità sociale" prescritta all'art. 3 Cost., e del principio pluralista²⁰⁵. Ai fini che qui rilevano sembra tuttavia preferibile lasciare sullo sfondo tale ultimo principio – più correttamente collocato da altri nell'ambito dei meta-valori dell'ordinamento costituzionale²⁰⁶ – e soffermarsi sui principi personalista e di parità sociale, più utili a indirizzare una ricerca sui diritti inviolabili e la dignità in carcere. Tanto premesso, facendo tesoro di più specifici studi dedicati al tema, sembra possibile delineare due prospettive in cui la dignità umana si estrinseca. La *prima*, espressa nel principio personalista, vede la dignità come irrinunciabile attributo della persona umana²⁰⁷: la dignità umana cioè andrebbe intesa come una sorta di dote inalienabile della persona, il cui contenuto viene di regola tradotto attraverso la c.d. "formula-oggetto", ovvero il divieto di usare l'essere umano come un mero strumento quasi fosse un semplice "mezzo" o un dato fungibile²⁰⁸. La *seconda* dimensione in cui la dignità umana si manifesta, invece, evidenzia il legame di tale concetto con il principio di eguaglianza²⁰⁹: il principio di pari dignità sociale proietta infatti il valore in discorso sul piano delle relazioni sociali e vincola lo Stato a intervenire per garantire il pieno sviluppo della persona umana.

A partire dalle due prospettive qui appena abbozzate è possibile individuare altrettante linee di sviluppo della giurisprudenza costituzionale, ove il concetto di dignità umana è declinato per stabilire la soglia di tutela dei diritti inviolabili delle persone detenute²¹⁰. Nella *prima* delle prospettive evocate, la dignità rileva infatti come valore che fonda, al contempo, il principio di umanizzazione del trattamento e la pluralità di diritti

²⁰⁴ D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, p. 21.

²⁰⁵ P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., p. 341.

²⁰⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 11.

²⁰⁷ In quest'ottica la dignità non può acquistarsi né tantomeno perdersi, costituendo una qualità intrinseca e non rinunciabile F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, cit., p. 103; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, p. 111.

²⁰⁸ G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, p. 117; P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europea*, Milano, 2003, p. 14 ss.

²⁰⁹ M. R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 70.

²¹⁰ Così anche M. RUOTOLO, *Carcere e rispetto della dignità della persona*, in M. AMISANO, M. CATERINI, *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, Napoli, 2012, p. 227 ss.

inviolabili dell'uomo che lo stato di detenzione non intacca²¹¹. Nella seconda prospettiva, invece, la dignità figura quale necessaria “destinazione” del percorso rieducativo, inteso al tempo stesso come *restitutio in integrum* della personalità del condannato e riscoperta degli inderogabili doveri di solidarietà sociale che si collocano in posizione prioritaria tra i “valori fondamentali della vita sociale”²¹², accompagnandosi al riconoscimento dei diritti che spettano al detenuto in forza della sua speciale condizione di persona privata della libertà personale²¹³. L'analisi giurisprudenziale consente quindi di fare luce sulla “concezione del concetto di dignità” che la nostra Corte costituzionale ha di volta in volta assunto per attribuire significato a principi e regole costituzionali rilevanti nell'attribuire diritti al detenuto, stabilendo il punto di equilibrio tra questi ultimi e le esigenze di ordine e sicurezza a vario titolo implicate dal regime di detenzione. Nell'analisi svolta si è privilegiata un'indagine su base casistica, necessaria a tenere conto del già descritto ruolo svolto dalle peculiarità del caso nella soluzione dei conflitti tra principi²¹⁴.

Solo così sarà possibile: verificare il diverso “ordine transitivo” instauratosi tra principi (siano essi derivati dal valore-dignità o meno) e individuare il “contenuto minimo del diritto” oltre il quale l'esecuzione della pena trasmoda in violazione della dignità umana.

3. *La dignità della persona tra umanizzazione della pena e diritti inviolabili del detenuto.*

La più volte annunciata analisi della giurisprudenza costituzionale deve dunque prendere le mosse da un orizzonte di senso che lega la dignità umana al principio

²¹¹ G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 190; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, dirittopenitenziarioecostituzione.it; p. 2; M. RUTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 51 ss.

²¹² Cfr. Corte cost., sent. 138 del 2001 in *Giur. it.*, 2001, p. 2211 ss: “ora, tra i valori fondamentali della vita in comune deve evidentemente annoverarsi – ed in posizione prioritaria – la solidarietà sociale, la quale richiede l'adempimento di doveri che l'art. 2 della Costituzione definisce inderogabili. E, d'altro canto, rispetto a chi si sia reso autore di un reato, un indice particolarmente significativo della acquisita consapevolezza di tale valore non può non essere rappresentato dall'atteggiamento assunto nei confronti della vittima del reato stesso”.

²¹³ Con riferimento specifico allo status dei condannati e degli imputati, cfr. A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 8 che allude in particolare al diritto ad essere destinatario di un programma di trattamento e al diritto, ove ne sussistano i presupposti, alla concessione delle misure alternative.

²¹⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 39 ss. secondo cui il bilanciamento dei principi deve sempre avvenire in riferimento a situazione specifiche; cfr. altresì R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 83 ss. secondo il quale la situazione concreta, che consente di affermare la prevalenza di un diritto sull'altro svolge il doppio ruolo di condizione nella formula che esprime la prevalenza di un principio e di presupposto di fatto di una norma.

personalistico. In quest'ottica il valore in discorso, ove riferito alla specifica condizione delle persone private della libertà personale, si inverte anzitutto nel principio secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"²¹⁵. Nulla più del divieto di sottoporre i detenuti a trattamenti disumani riflette infatti la declinazione personalistica della dignità, riassunta nella già richiamata formula che vieta di utilizzare la persona come un mero strumento²¹⁶. La dignità, in una prospettiva "statica"²¹⁷, è d'altronde dote indisponibile e assoluta che spetta sempre e comunque all'individuo, segnando il limite invalicabile di fronte ad "azioni che mirano a disconoscere l'essere persona di ciascun uomo"²¹⁸. Naturale perciò che, specie nell'ambito dell'esecuzione della pena detentiva, il valore-dignità si manifesti nella preclusione di trattamenti che – in nome di esigenze retributive o di scopo – possono finire per negare *ab imis* la stessa "persona umana del detenuto"²¹⁹. In altre parole, il divieto di pene contrarie al senso di umanità chiarisce inequivocabilmente che in nessun modo il detenuto "può essere considerato come un mezzo per il raggiungimento di fini eteronomi"²²⁰. Il principio di umanizzazione, inoltre, non può non "legarsi" alla regola enunciata all'art. 13 c. 4 Cost. cosicché, in base ad esso, "deve intendersi vietato ogni trattamento che, nel corso dell'esecuzione penale incida stabilmente sopra l'integrità *fisiopsichica* del soggetto"²²¹.

Le virtualità del precetto costituzionale in esame vanno però ben oltre il solo divieto di trattamenti inumani, spingendosi – secondo un'impostazione ormai condivisa – a ricomprendere l'obbligo di riconoscere al detenuto la titolarità di tutti i diritti costituzionali

²¹⁵ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di) *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 225.

²¹⁶ G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, cit., p. 117; P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europea*, cit., p. 14 ss.

²¹⁷ Come contrapposta a una dignità intesa in prospettiva "dinamica" ovvero come risultato da raggiungere "in forma di autodeterminazione o autorealizzazione", cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 13.

²¹⁸ P. BECCHI, *La dignità umana nel Grundgesetz e nella Costituzione italiana*, cit., p. 31.

²¹⁹ P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, p. 143: "l'esigenza giuridica illustrata dev'essere tenuta presente sia nell'esecuzione della pena, sia nell'esecuzione della misura di sicurezza: e, quindi, sia in relazione agli obiettivi di punizione come con riferimento agli obiettivi di prevenzione".

²²⁰ P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., p. 144.

²²¹ P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., p. 144. Il principio costituzionale trova del resto attuazione nel primissimo enunciato della disciplina penitenziaria (art. 1 l. 354 del 1975) il quale lungi dal ridursi a mera proclamazione di stampo retorico, "introduce una precisazione importante sul terreno legislativo, in quanto fonda il principio dell'autodeterminazione del condannato, da cui deriva il divieto di impiego di strumenti coercitivi per finalità di trattamento"; cfr. V. GREVI, *Commento all'art. 1 ord. penit.* in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*. Vol. I, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 10. In merito a tale disposizione, cfr. anche G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, cit., p. 246: "[tale enunciato normativo] vuole sottolineare come il detenuto sia il fine ultimo, il protagonista dell'esecuzione penitenziaria". In modo non dissimile, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 57.

inviolabili²²². A un simile approdo interpretativo, è possibile giungere ove si valorizzi l'attributo dell'inviolabilità dei diritti costituzionali fondamentali di cui all'art. 2 Cost.²²³ e contestualmente si acceda a una lettura del "concetto di libertà personale" in grado di abbracciare "tutte le manifestazioni della libertà della persona" a livello fisico e psichico²²⁴. Secondo autorevole dottrina, infatti, i diritti di libertà costituirebbero altrettante "specificazioni positive di quella libertà della persona come unità psicofisica che è la *vera matrice dei singoli diritti personali*"²²⁵. Attraverso un'interpretazione congiunta degli artt. 2, 3 e 13 e 27 Cost., il principio di umanizzazione finirebbe così per trascendere la sola formulazione testuale, arrivando a ricomprendere – nel suo "significato normativo" – anche il dovere di rispettare la personalità e la dignità della persona detenuta in quanto titolare di diritti inviolabili. E del resto, non da oggi, si evidenzia come l'obbligo di "rispettare la persona umana" del detenuto risulti potenzialmente più ampio dell'enunciato costituzionale di cui all'art. 27 c. 3 Cost., posto che "è possibile trattare il detenuto con umanità, senza rispettarne integralmente la persona umana"²²⁶.

Si tratta – è appena il caso di evidenziarlo – di una soluzione in linea con quella lettura personalista del valore-dignità da cui abbiamo preso le mosse. Basti evidenziare, al riguardo, come secondo autorevole letteratura il valore oggettivo della vita umana, risiederebbe anzitutto nella garanzia delle sue potenzialità di sviluppo²²⁷. Ove riferito alle persone private della libertà personale, il riconoscimento di tale valore implica che lo stato di detenzione non incida, in linea di principio, su quella componente della libertà del detenuto necessaria a consentire "il libero sviluppo della persona umana" e l'esercizio dei diritti inviolabili che ne costituiscono "patrimonio irretrattabile"²²⁸. In sintesi, quindi, il rispetto della persona del detenuto passa anche per la garanzia dei diritti fondamentali del

²²² G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 190; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 754; P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., p. 143; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, dirittopenitenziarioecostituzione.it; p. 2; M. RUTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 51 ss.

²²³ A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 5; G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 190. Sull'art. 2 Cost. come norma che conferisce il crisma dell'inviolabilità a tutti i diritti menzionati in Costituzione, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 56.

²²⁴ M. RUTOLO, *I diritti dei detenuti*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, 2008, p. 144 ss.; ID., *Dignità e carcere*, cit., p. 51 ss.

²²⁵ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 12, corsivi nel testo. In merito all'art. 2 come matrice di tutti i diritti inviolabili di libertà P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 56 il quale pone altresì l'accento sulla *capacità di espansione* di tutti i diritti di libertà.

²²⁶ P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., p. 143.

²²⁷ R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, cit., p. 28 secondo il quale i contenuti del valore-dignità si identificherebbero tra l'altro nell'idea per cui è bene – perché conforme a dignità – che ogni essere umano operi al fine di (e riesca a) realizzare il suo potenziale.

²²⁸ Corte cost., sent. n. 11 del 1956 in *Giur. cost.*, 1956, p. 612 ss.; così con riferimento ai diritti inviolabili della persona umana F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 11

cittadino riconosciuti dalla Costituzione²²⁹, il cui carattere inviolabile ne consente una compressione soltanto parziale e comunque proporzionale “alle effettive necessità del trattamento penitenziario”²³⁰. Al contempo, perché sia possibile concepirne anche solo virtualmente l’esercizio, il riconoscimento di tali diritti postula che anche la libertà della persona detenuta, nella sua ampia accezione di autonomia psicofisica, sia limitata solo nella misura implicata dallo stato di detenzione, pena la negazione dello stesso presupposto logico e valoriale che presiede all’attribuzione di situazioni soggettive alle persone recluse²³¹.

Rinviando al seguito dell’analisi per l’approfondimento di alcuni dei numerosissimi profili di criticità che la tesi appena esposta presenta, è certamente opportuno ricordare come tali approdi interpretativi risultino in larga misura condivisi dalla stessa Corte costituzionale che, in tempi ormai lontani, ha chiarito come dal principio accolto nell’art. 27 c. 3 Cost. discenda direttamente – quale ulteriore principio di civiltà giuridica – quello secondo cui al condannato è “riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca”²³². La Corte avrebbe così legato al principio di umanizzazione l’ulteriore corollario per cui la restrizione della libertà personale non comporterebbe alcuna *capitis deminutio* di fronte all’autorità preposta all’esecuzione²³³. Con ancor maggior precisione, in tempi più recenti, la Corte è

²²⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 754; P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., p. 143. Deve quindi negarsi che il “valore della persona” possa essere sminuito per effetto della restrizione in carcere; né può essere a fondamento di tale limitazione potrebbe essere invocato il disvalore degli atti compiuti, a ciò osta una concezione della dignità come dote indisponibile ed assoluta (per cui vedi G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, cit., p. 117 ss.); sul punto cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., p. 2; M. RUTOLO, *I diritti dei detenuti*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, cit., p. 145 il quale ricorda come il mutamento sostanziale delle relazioni giuridiche tra privato e Stato, non implica la perdita della titolarità di diritti, interessi e obblighi del detenuto, come vorrebbe il “pregiudizio di matrice kantiana, legato alla presunta subordinazione della libertà al principio di legalità, che porta a considerare ‘libero’ soltanto il cittadino conforme agli stereotipi normativi della legalità”.

²³⁰ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionali*, cit., p. 5 ss.

²³¹ F. VIOLA, *I diritti in carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani*, Roma, 2014, p. 94 secondo il quale se la privazione della libertà di movimento in cui la reclusione consiste fosse “la privazione di un diritto-fine, come a volte la prassi carceraria o le teorie della pena inducono a credere allora la dignità umana della persona detenuta sarebbe ferita ne suo significato essenziale”; si tratterebbe invece “della privazione (peraltro limitata e giuridicamente controllata) solo di un mezzo importante quanto si vuole, ma solo di un mezzo tra gli altri per raggiungere i beni essenziali della persona”. È la stessa Corte ha chiarire come in relazione al detenuto, il residuo di libertà costituisca “l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”; cfr. Cort cost, sent. 349 del 1993 in *Foro it.* 1995, I, 488, punto 4.3 del *considerato in diritto*.

²³² Corte cost., sent. 114 del 1979, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1981, p. 313 con nota di M. TIRIELLA, *Un retaggio del passato duro a morire: i poteri del Ministro della giustizia nella fase dell’esecuzione penale*.

²³³ Così G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 192; ma cfr. anche Corte cost., sent. n. 26 del 1999 in *Foro amm.*, 2000, p. 1185.

parsa ricondurre la condizione dei detenuti al contenuto personalistico della dignità²³⁴ ricordando che “dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza, che i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti”²³⁵. Insomma, l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare “il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti”. La Corte ricava perciò dal principio personalista la necessità di superare qualsiasi residuo concettuale della supremazia speciale, ribadendo la necessità che i “diritti inviolabili dell'uomo” ottengano riconoscimento e protezione all'interno di ogni formazione sociale²³⁶.

Anche nella giurisprudenza della Corte si stagliano dunque con chiarezza le linee essenziali lungo le quali si articola il "dialogo" tra dignità umana e umanizzazione del trattamento: vi è anzitutto la riaffermazione del principio per cui un trattamento conforme al senso di umanità "deve caratterizzare oggettivamente il contenuto del singolo tipo di pena, indipendentemente dal tipo di reato". Il principio di umanizzazione, però, non si riduce a mera preclusione di trattamenti inumani e degradanti, ma – come detto – deve accompagnarsi al riconoscimento ai detenuti della titolarità dei diritti fondamentali quale inseparabile dote spettante alla persona umana. In modo del tutto conseguente i giudici costituzionali hanno ribadito che la “sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona” costituendone “certo una grave limitazione, ma non la soppressione”. In questo modo, si è riaffermato il principio secondo cui, per garantire i diritti fondamentali, è necessario che la pena incida soltanto su alcune componenti della libertà del detenuto, consentendo per il resto alla personalità di quest'ultimo di svilupparsi coerentemente con l'esercizio dei diritti di cui è titolare. In questo senso, deve leggersi l'affermazione per cui “chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto

²³⁴ Corte cost., sent. n. 26 del 1999, cit., punto 3.1. del *considerato in diritto*: “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, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario”.

²³⁵ Corte cost., sent. n. 341 del 2006 cit., punto 2.1. del *considerato in diritto*.

²³⁶ G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 192; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., p. 4.

più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale²³⁷.

Si è così ribadita l'esigenza di garantire un residuo di libertà psico-fisica al detenuto, necessario presupposto per l'esercizio dei diritti fondamentali ad esso spettanti²³⁸. Non sfugge comunque, come la giurisprudenza costituzionale – al pari della letteratura d'anziché richiamata – individui quale limite all'esercizio dei diritti fondamentali il necessario rispetto delle esigenze proprie dello “stato di detenzione”. Il termine di riferimento nel bilanciamento appare però assai sfumato e quasi inafferrabile, facendosi riferimento, di volta in volta, alle “finalità proprie della restrizione della libertà personale”²³⁹ ai limiti “ad essa inerenti”²⁴⁰ ovvero alle “irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina”²⁴¹. L'individuazione più completa degli interessi antagonisti alla libertà residua del detenuto sembra comunque ritrovarsi nella sentenza n. 349 del 1993 ove icasticamente, e in termini del tutto generali, la Corte chiarisce come di fronte alla posizione giuridica soggettiva del detenuto “vi è, d'altro lato, l'opposto potere di coazione personale di cui lo Stato è titolare al fine della difesa dei cittadini e dell'ordine giuridico; potere che, durante la fase di espiazione della pena, comporta l'assoggettamento alle regole previste dall'Ordinamento penitenziario, le quali definiscono i rapporti fra l'Amministrazione – cui compete la responsabilità della custodia, del trattamento e della sicurezza dell'istituzione penitenziaria – gli individui assoggettati al regime di detenzione e di rieducazione prescritto, e l'Ordine giudiziario cui spetta istituzionalmente l'attuazione della potestà punitiva dello Stato e il controllo sull'esecuzione della pena”²⁴².

Sulla scorta di questa generale schematizzazione sembra allora possibile – pur con inevitabile approssimazione – individuare gli interessi antagonisti ai diritti del detenuto, e disporre in modo conseguente i diversi elementi di un'ideale “topografia del conflitto”²⁴³, necessaria premessa a qualsiasi operazione di bilanciamento tra principi. Anzitutto, debbono annoverarsi le esigenze di custodia che definiscono, quasi ontologicamente, la privazione della libertà personale come perdita della libertà di movimento. Occorre poi tenere in considerazione le istanze di ordine e di sicurezza interne all'istituto su cui si

²³⁷ Cort cost, sent. 349 del 1993 in *Foro it.* 1995, I, 488, punto 4.3 del *considerato in diritto*.

²³⁸ Diritti i quali, come anticipato, costituiscono altrettante derivazioni della “libertà personale” intesa in senso ampio.

²³⁹

²⁴⁰ Corte cost., sent. n. 341 del 2006, cit., punto 2.1. del *considerato in diritto*.

²⁴¹ Corte cost., sent. n. 26 del 1999, cit., punto 3.1. del *considerato in diritto*.

²⁴² Cort cost, sent. 349 del 1993 cit., punto 4.3 del *considerato in diritto*.

²⁴³ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 62 ss. il quale individua con tale locuzione “la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente”.

fondano i relativi poteri attribuiti agli organi dell'amministrazione penitenziaria. Vengono, da ultimo, le finalità perseguite dal trattamento, cui si affiancano i più specifici obiettivi di reinserimento sociale ove il titolo detentivo sia costituito da una condanna a una pena privativa della libertà personale. Come è facile comprendere si tratta di interessi e principi suscettibili di assumere un "peso" assai diverso a seconda del diverso titolo in base al quale la persona risulta privata della libertà personale, del mutevole contenuto del regime di detenzione e delle variabili modalità assunte dal trattamento in considerazione della personalità del detenuto. A ciò si aggiunga l'ormai consolidata tendenza del legislatore a differenziare il regime detentivo e a sospendere o comprimere le regole del trattamento per lottare contro fenomeni extracarcerari come quello della criminalità organizzata ed eversiva²⁴⁴.

Stabiliti gli interessi con cui i diritti del detenuto si prestano ad entrare in bilanciamento, è ora possibile procedere a una più attenta disamina della giurisprudenza della Corte costituzionale, al fine di stabilire il contenuto minimo di tutela dei singoli diritti che l'esecuzione della pena deve garantire per non trasmodare in trattamento contrario al senso di umanità, fermo restando, comunque, il residuo di libertà personale che lo stato di detenzione non intacca. Non sembra possibile, al riguardo, prescindere da una disamina articolata per classi di casi, prendendo in esame le principali situazioni soggettive suscettibili di entrare in conflitto con gli interessi sottesi all'esecuzione penitenziaria. La soluzione data al conflitto, inoltre, non pare potere astrarre da una presa in carico dei vari interessi via via posti a raffronto e dal variabile ambito di tutela di ciascuno di essi: per potere procedere a qualsiasi bilanciamento è infatti necessario, preliminarmente, precisare l'area di protezione giuridica di un certo diritto e chiarire se vi sia una sovrapposizione tra questo e l'area di applicazione dell'interesse contrapposto²⁴⁵. Da ultimo, si consideri che il riferimento alle circostanze di fatto risulta per definizione imprescindibile ove si tratti di risolvere un bilanciamento tra principi, posto che la prevalenza di un principio sull'altro dipende, invariabilmente, dalla sussistenza di elementi fattuali che integrano la "formula di preferenza", cioè la fattispecie astratta che, una volta perfezionata, determina la produzione delle conseguenze del principio da essa ritenuto prevalente²⁴⁶.

²⁴⁴ V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 3 ss.; T. PADOVANI, *Commento all'art. 10*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 145 ss.

²⁴⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 62; P. VERONESI,

²⁴⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 41, a differenza delle fattispecie normative concepite per coprire una gamma non predeterminata di situazioni, le circostanze di fatto a cui qui ci si riferisce sono solo quelle messe a fuoco dalla Corte costituzionale; il giudice costituzionale perciò non applica il principio che esprime il

4. *La residua libertà del detenuto e le garanzie applicabili alla sua restrizione.*

Occorre brevemente richiamare l'affermazione del giudice costituzionale per cui "la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona", secondo la Corte infatti l'esecuzione della pena detentiva ne costituirebbe "certo una grave limitazione, ma non la soppressione"; in altre parole, cioè, "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". La Corte ha dunque voluto riaffermare con forza che l'esecuzione della pena detentiva non intacca la libertà personale garantita al detenuto dall'art. 13 Cost.²⁴⁷, suscettibile di essere limitata soltanto nei limiti strettamente funzionali alle esigenze di custodia imposte dal particolare regime detentivo a cui il detenuto è sottoposto²⁴⁸. Qualsiasi ulteriore limitazione del contenuto del diritto di libertà che paia esorbitare tali obiettivi acquisirebbe pertanto un "valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà" imposta con la pena²⁴⁹. In questa sede occorre altresì ricordare come la Corte abbia fatto discendere da tale affermazione talune rilevanti conseguenze sul piano delle garanzie sostanziali e procedurali che assistono la residua libertà personale del detenuto. A ben vedere, infatti, nel riconoscere l'inviolabile libertà della persona *in vinculis*, i giudici costituzionali non hanno potuto fare a meno di ricordare come le

diritto, "ma una regola che egli stesso ha formulato stabilendo le condizioni normative e fattuali in presenza delle quali quel principio può produrre determinati effetti giuridici".

²⁴⁷ L'estensione dell'area di tutela dell'art. 13 Cost. è peraltro da sempre al centro del dibattito della dottrina, divisa tra chi ritiene che essa garantisca di fronte ai soli interventi di coercizione materiale (G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 23) e chi invece estende la medesima tutela nei confronti di quelle limitazioni al potere del singolo di disporre liberamente del suo essere fisico che si attuano attraverso l'imposizione di obblighi di fare o non fare (A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 50 ss.). La Corte costituzionale ha del resto individuato l'"elemento qualificante della restrizione della libertà personale" in una degradazione giuridica dell'individuo determinata "da una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona"; cfr. Corte cost., sent. n. 419 del 1994 in *Giur. cost.*, 1994, p. 3702.

²⁴⁸ Preso atto del mutato contesto normativo costituzionale e legislativo che pone al primo posto l'esigenza di tutela della dignità del detenuto, si esprimevano in questo senso cfr. G. NESPOLI, *Status detentivo e difesa degli interessi legittimi*, in *Giust. pen.*, 1979, I c. 322; S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 923; A.A. DALIA, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, p. 255.

²⁴⁹ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit. p. 4; cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, con nota di C. FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità* p. 2092 ss. punto 6 del *considerato in diritto*: "l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale".

garanzie espressamente previste dall'art. 13 Cost. – lungi dall'essere soddisfatte dal solo provvedimento su cui si fonda l'originario stato di detenzione – debbono applicarsi a tutte le misure che “comportino una sostanziale modificazione della libertà personale”.

Nella già citata sentenza n. 349 del 1993, la Corte ha di conseguenza ritenuto che i decreti con cui ai sensi dell'art. 41-bis c. 2 ord. penit. il Ministero della giustizia può sospendere l'applicazione delle normali regole del trattamento non possano influire, in modo sostanziale, sull'esecuzione della pena e, quindi, sul grado di libertà personale riconosciuto al condannato²⁵⁰. L'adozione di provvedimenti che – pure sul presupposto di “gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica” – incidono sulla “qualità e la quantità della pena” non può infatti avvenire “al di fuori principi di riserva di legge e della riserva di giurisdizione specificamente indicati dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione”²⁵¹. La disposizione impugnata, perciò, risulterebbe conforme a Costituzione soltanto laddove interpretata nel senso di escludere che le misure che restringono la libertà personale in modo ulteriore rispetto allo status detentivo ordinario, possano essere adottate da un organo appartenente al potere esecutivo²⁵²; spetta infatti alla sola autorità giudiziaria, nei “casi e modi previsti dalla legge”, disporre misure che possano ulteriormente comprimere il residuo di libertà riconosciuto al detenuto. All'amministrazione penitenziaria – e quindi all'esecutivo – andrebbero perciò riservati i provvedimenti che si limitano ad influire sulle modalità del trattamento, cosicché il potere attribuito al ministro andrebbe limitato “alla sola sospensione di quelle regole ed istituti che già nell'ordinamento penitenziario” appartengono all'amministrazione e si riferiscono “al regime di detenzione in senso stretto”²⁵³. All'autorità giudiziaria è invece riservata l'adozione di tutte le misure che incidono sul “grado di privazione della libertà personale” e sulla “qualità e quantità” della pena, *in primis* quelle che comportano “un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere”.

²⁵⁰ Sul regime dell'art. 41-bis dell'ord. penit. introdotto con la legge 663 del 1986 e riformato con l'aggiunta dell'attuale secondo comma dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (e successivamente modificato con legge 23 dicembre 2002, n. 279 e dalla più recente 15 luglio 2009, n. 94) si vedano, tra gli altri, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata*, Milano, 2012; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007; M. PAVARINI, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 262 ss.

²⁵¹ Corte cost., sent. 349 del 1993, cit., punto 5.1. del *considerato in diritto*.

²⁵² 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*, cit., p. 188.

²⁵³ Corte cost., sent. 349 del 1993, cit., punto 5.3 del *considerato in diritto*.

A ciò si aggiunga che i provvedimenti ministeriali debbono comunque “recare puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti cui sono rivolti”, onde consentire un’effettiva tutela giurisdizionale da parte del giudice ordinario”²⁵⁴.

Il punto di equilibrio tra le esigenze di ordine e sicurezza pubblica²⁵⁵ e il diritto del detenuto alla libertà personale, è dunque individuato nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali stabilite dall’art. 13 Cost. Ciò significa, in particolare, che le attività intramurarie che per la loro invasività la stessa legge di ordinamento penitenziario riserva al giudice ordinario sono escluse dall’ambito di applicazione del provvedimento sospensivo. Nel caso di specie si contestava infatti l’adozione da parte della autorità ministeriale di provvedimenti idonei ad imporre il visto del direttore dell’istituto sulla corrispondenza del detenuto²⁵⁶, provvedimento la cui adozione, del resto, non può non

²⁵⁴ Corte cost., sent. 349 del 1993, cit., punto 6 del *considerato in diritto*: “[...] così come (a parte la perplessità che può destare l’individuazione per titoli di reato dei destinatari finali dei provvedimenti, non coerente con il principio di individualizzazione della pena) deve ritenersi implicito - anche in assenza di una previsione espressa nella norma, ma sulla base dei principi generali dell’ordinamento - che i provvedimenti ministeriali debbano comunque recare una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti cui sono rivolti (in modo da consentire poi all’interessato un’effettiva tutela giurisdizionale), che non possano disporre trattamenti contrari al senso di umanità, e, infine, che debbano dar conto dei motivi di un’eventuale deroga del trattamento rispetto alle finalità rieducative della pena”. Quanto ai *contenuti* della tutela giurisdizionale sui provvedimenti ministeriali di cui all’art. 41-bis ord. penit., cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996, *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 1332, punto 4: “ora, non vi è dubbio che il sindacato giurisdizionale sulle determinazioni dell’amministrazione, per esplicitare pienamente la sua funzione a tutela dei diritti dei detenuti, debba estendersi non solo alla sussistenza dei *presupposti* per l’adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei *limiti* posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo, vuoi sotto il profilo della eventuale lesione di *situazioni non comprimibili*, vuoi sotto quello della *congruità delle misure* in concreto disposte rispetto ai fini per i quali la legge consente all’amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario. La norma non si limita infatti a prevedere la sottoposizione ad un regime già interamente predeterminato dalla legge (nel qual caso l’unico controllo giurisdizionale possibile - a parte eventuali contrasti fra la stessa legge e la Costituzione - potrebbe vertere sulla sussistenza dei presupposti per l’adozione del provvedimento), ma affida un assai ampio spazio di scelta all’amministrazione riguardo al concreto atteggiarsi del regime derogatorio”. Tale orientamento è stato recepito dal legislatore con l’introduzione dei cc. 2-bis e 2-sexies dell’art. 41-bis ord. penit. Sul punto vedi ora le modifiche introdotte con legge 94 del 2009, e la possibilità di esperire il rimedio di cui all’art. 14-ter ord. penit. per cui Corte cost., sent. n. 190 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2256 con nota di C. FIORIO, *Il carcere «duro» tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*.

²⁵⁵ Vera e propria *ratio* del regime differenziato in discorso, cfr. V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 14; T. PADOVANI, *Commento all’art. 10*, cit., p. 145 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il regime carcerario speciale previsto dall’art. 41 bis ord. penit.: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1493 ss.

²⁵⁶ Corte cost., sent. 349 del 1993, cit.: Individuati quindi i corretti limiti dei poteri attribuiti al Ministro, tutte le censure prospettate dai giudici remittenti risultano o infondate o non riferibili alla norma impugnata ma solo ai provvedimenti che di questa hanno fatto applicazione: ed invero, per quanto sin qui esposto, il secondo comma dell’art. 41 bis non consente l’adozione di provvedimenti suscettibili di incidere sul grado di libertà personale del detenuto, e quindi non viola l’art. 13, primo e secondo comma, della Costituzione; del pari nulla è rinvenibile nella disposizione in esame che attribuisca al Ministro una specifica competenza in ordine alla sottoposizione a visto di controllo della corrispondenza dei detenuti, e che costituisca quindi deroga all’art. 18 dell’Ordinamento penitenziario (che, come si è visto, riserva tale potere al giudice), e, quindi, elusione della garanzia d’inviolabilità delle comunicazioni sancita dall’art. 15 della Costituzione; nonché Corte cost., sent. n. 383 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3127.

soddisfare i requisiti di giurisdizionalità e legalità dell'art. 15 Cost.. Più in generale, però, sulla scorta dei principi enunciati dal giudice delle leggi, tutte le misure il cui contenuto è suscettibile di incidere – per effetto della sospensione delle regole del trattamento – sui diritti inviolabili del detenuto dovrebbero risultare sottratte alla competenza dell'esecutivo²⁵⁷. La stessa Corte ha del resto precisato come le attività comprimibili con decreto ministeriale debbano necessariamente escludere le materie indicate dall'art. 14-quater c. 4 ord. penit., ritenendo che le indicazioni fornite da questo articolo risultino, al riguardo, “particolarmente pregnanti”²⁵⁸. Le materie che non possono essere intaccate (quali ad es. la salute, il vitto, il vestiario, la lettura di periodici), riflettono d'altronde la garanzia di alcuni diritti fondamentali della persona²⁵⁹, riconosciuti dalla Costituzione e disciplinati in modo dettagliato dalla legge penitenziaria, proprio perché costituiscono un complesso di regole minime di “civiltà carceraria”²⁶⁰ indissolubilmente legate alla dignità umana del detenuto.

Il perseguimento delle finalità di neutralizzazione e incapacitazione del condannato perseguite dal regime detentivo del 41-bis, non può dunque risolversi nella preclusione delle attività che mirano al perseguimento degli obiettivi del trattamento, impedendo il pieno sviluppo della personalità del detenuto. Più in particolare, secondo la Corte “l'applicazione del regime differenziato ex art. 41-bis, 2° comma, non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento”²⁶¹. Al riguardo suscita comunque talune perplessità, la scelta della Corte di affidare l'operatività delle garanzie costituzionali all'ambigua circostanza che i provvedimenti rientrino o meno tra le modalità esecutive della detenzione e non eccedano quindi “il sacrificio della libertà

²⁵⁷ 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*, cit., p. 188.

²⁵⁸ Corte cost., sent. n. 351 del 1996, cit., p. 1332; Corte cost., sent. 376 del 1997 in *Cass. pen.*, 1998, p. 3179; in questo senso, già, 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*, cit., p. 189.

²⁵⁹ L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3179.

²⁶⁰ E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., p. 190.

²⁶¹ La Corte ha in questo modo precisato che il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità impone a che l'esecuzione della pena detentiva nel perseguire il mantenimento dell'ordine e della sicurezza negli istituti penitenziari non intacchi determinati ambiti della vita carceraria che attengono intimamente alla personalità individuale del detenuto la cui restrizione, pertanto avrebbe soltanto natura afflittiva (così del resto Corte cost., sent. n. 135 del 2013). Sul punto, cfr. anche A. PENNISI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 7.

già [...] imposto al detenuto con la sentenza di condanna”. Come si è già avuto modo di vedere una simile criteriologia non pare, da sola, sufficiente ad escludere che l’amministrazione – nel caso di specie il Ministero della giustizia – possa adottare provvedimenti che malgrado l’astratta riconducibilità all’ambito di discrezionale ad essa riconosciuta finiscono per determinare un aggravio nella compressione della libertà residua del detenuto. Un risultato, questo, a cui contribuisce anche l’irrisolta vaghezza dei presupposti applicativi del regime penitenziario differenziato in discorso.

Del resto, che la linea di demarcazione tracciata dal giudice costituzionale per delimitare il “residuo di libertà” del detenuto possa risultare a tratti sfocata, lo dimostra anche la nota (e criticata) presa di posizione della Corte in tema di perquisizioni personali, operazione che l’art. 13 Cost. considera legittima solo se disposta, al di fuori dei casi eccezionali di necessità e urgenza tipizzati dal legislatore, con atto “motivato della autorità giudiziaria” e nei casi e modi previsti dalla legge. Nella pronuncia cui si è fatto cenno, i giudici di Palazzo della Consulta precisano infatti come le perquisizioni personali imposte ai detenuti andrebbero ricomprese fra "le misure di trattamento rientranti nella competenza dell'amministrazione penitenziaria" e "attinenti alle modalità concrete [...] di attuazione del regime carcerario in quanto tale"²⁶². In altre parole, secondo l'organo di giustizia costituzionale, le misure citate sarebbero da ricondurre all'ambito delle restrizioni della libertà personale implicate dallo stato di detenzione, sottraendosi così all'applicazione delle garanzie predisposte dall'art. 13 Cost. Trattandosi di misure attinenti alle modalità del trattamento penitenziario, le perquisizioni dovrebbero quindi ritenersi "potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione"²⁶³, cosicché, in relazione ad esse, la garanzia dei diritti dei detenuti risulterebbe già assicurata "a monte"²⁶⁴.

Difficile vincere l’impressione che, in questo caso, il richiamo alle modalità di attuazione del trattamento costituisca poco più di un semplice artificio verbale per evitare

²⁶² Corte cost., sent. n. 526 del 2000, cit., p. 4113 ss. con osservazioni di M. RUOTOLO, *L'effettività rinnegante della normativa penitenziaria*, cit., p. 4127 ss.; K. MAMBRUCCHI, *Perquisizioni in carcere e diritti dei detenuti: verso il giusto processo* in *executivis*, in *Giur. cost.*, p. 4140 ss.; L. CARLASSARE, *Perplexità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 186 ss.

²⁶³ In questi termini già Corte cost., sent. n. 351 del 1996, cit., punto 4 del *considerato in diritto*.

²⁶⁴ Corte cost., sent. n. 526 del 2000, cit., punto 4 del *considerato in diritto*: “In realtà, la restrizione della libertà personale in cui si sostanzia lo stato di detenzione dà luogo all’applicazione di un regime – risultante dalla complessiva disciplina dell’ordinamento penitenziario, nel rispetto dell’art. 13, quarto comma, della Costituzione – al quale sono intrinseche le ragioni di ordine e di sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi. Il detenuto si trova sotto la responsabilità dell’amministrazione penitenziaria, a cui è affidato il compito di assicurare che egli rimanga in carcere (evitando pericoli di evasione), di controllare il rispetto da parte sua delle regole della disciplina carceraria, ma anche di garantirne l’incolumità proteggendolo da possibili aggressioni da parte di altri detenuti”.

di procedere a un bilanciamento tra il diritto alla libertà personale del detenuto e le istanze di ordine e sicurezza interne all'istituto che, ai sensi dell'art. 34 ord. penit., giustificano il ricorso alle perquisizioni personali. Una soluzione piuttosto criticabile se si pensa che le perquisizioni risultano assai sovente svolte con modalità a tal punto invasive²⁶⁵ da rendere assolutamente intollerabile la mancata previsione di un provvedimento giurisdizionale a titolo di convalida. Insomma, malgrado il richiamo alle forme del trattamento, “la normativa penitenziaria in tema di perquisizioni non sembra in realtà proporre alcuna ‘conciliazione’ tra i diritti dei detenuti e le esigenze di ordine e di sicurezza”. Né basta a sopire le perplessità, l’affermazione dell’obbligo di motivare e documentare l’intervento, desunto in via interpretativa dalla Corte per garantire effettività al controllo giurisdizionale effettuato in sede di reclamo *ex art. 35 ord. penit.*²⁶⁶. Ben si comprende, infatti, come in assenza di un possibile controllo sulle forme dell’esecuzione²⁶⁷, e stante la vaghezza dei presupposti idonei a legittimare interventi *in corpore*, sia assai concreto il rischio di vedere dilatata sino ai limiti dell’arbitrio la discrezionalità dell’amministrazione penitenziaria²⁶⁸.

²⁶⁵ Si allude in particolare alle assai diffuse perquisizioni con “denudamento e flessioni”. Per una panoramica sui vari tipi di controllo che vengono praticati - pressoché a tutte le latitudini - sul corpo del detenuto, cfr. F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4219 ss: “a questo proposito, se si tralasciano in quanto meno problematiche (ed estranee al raggio di incidenza della pronuncia *de qua*) le tradizionali perquisizioni manuali o strumentali (metal detector) sul detenuto vestito, la principale distinzione è quella tra perquisizione corporale con 'semplice' denudamento e perquisizione corporale con denudamento e flessioni, relativamente alla quale si è giustamente sottolineato l'elemento aggravante costituito dall'insolita posizione del corpo, idonea, oltretutto, ad esaltare la condizione di superiorità di chi esegue la perquisizione rispetto a colui che la subisce. All'estremità dell'elenco si collocano, infine, le perquisizioni delle cavità corporee”. In tema delle perquisizioni personali sul detenuto sottoposto a regime penitenziario differenziato, ritenute per le loro modalità contrarie all'art. 3 CEDU, cfr. anche Corte EDU, sent. 4 febbraio 2003, *Lorsé e altri c. Paesi Bassi*, § 58 ss.

²⁶⁶ Corte cost., sent. n. 526 del 2000, cit., punto 8 del *considerato in diritto*: “Deve pertanto ritenersi che sia sempre necessaria ed imposta, proprio per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, una forma di documentazione dell'avvenuta perquisizione, che permetta di conoscere l'identità di chi vi è stato sottoposto e di chi vi ha proceduto e assistito, le circostanze di luogo e di tempo, il fondamento giustificativo della stessa, dato dal ricorrere dei casi ordinari o dall'esistenza dell'ordine del direttore o dalle ragioni di particolare urgenza, specificate nell'informazione immediata data al direttore, nonché le modalità con le quali la perquisizione è avvenuta, in particolare nel caso in cui si ritenga di dover ricorrere a modalità diverse da quelle ordinarie o che comportino una ispezione corporale. In tali ultime ipotesi, inoltre, l'obbligo di motivazione, e la conseguente possibilità di sindacato giurisdizionale, si debbono ritenere estesi anche alla scelta delle modalità, che debbono essere, oltre che sempre rispettose della personalità del detenuto, adeguatamente giustificate, e ciò sia che si tratti di una iniziativa assunta nell'ambito dell'istituto, sia che sussistano istruzioni o segnalazioni dell'amministrazione penitenziaria centrale, a loro volta pienamente sindacabili da parte del giudice”.

²⁶⁷ Il legislatore penitenziario, infatti, richiede unicamente, “con locuzione non particolarmente pregnante, il ‘pieno rispetto della personalità’, e [...] né la legge né il regolamento di esecuzione ammettono durante le operazioni la presenza di un terzo in veste di ‘amicus captivi’, l'unica garanzia è quella prevista dall'art. 74 comma 1 reg. esec., il quale esige l'identità di sesso tra chi procede all'intervento *in corpore* e chi lo subisce”; cfr. F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, cit., p. 4219 ss

²⁶⁸ Così M. RUTOLO, *L'effettività rinnegante della normativa penitenziaria*, cit., p. 4127 ss il quale, tra l'altro, punta il dito sulla scelta della Corte di optare per una “sentenza interpretativa di rigetto” anziché su di una sentenza di accoglimento additiva; vedi anche F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi*

5. *Il diritto alla salute del detenuto: integrità psico-fisica, diritto alle cure, libertà di autodeterminazione.*

Intimamente legato al residuo di libertà personale riconosciuto ai ristretti è il diritto alla salute, inteso anzitutto nell'accezione di pretesa al rispetto dell'integrità psico-fisica. D'altronde, quando la Corte costituzionale ha affermato che la pena non può comprimere i diritti del recluso per non risultare ulteriormente e ingiustificatamente afflittiva²⁶⁹, essa ha inteso anzitutto ribadire il divieto di sottoporre il detenuto a qualsiasi violenza fisica e morale, quale risulta imposto sia dall'art. 27 c. 3 Cost. sia dall'art. 13 c. 4 Cost. il quale, come noto, stabilisce un obbligo costituzionale di incriminazione rispetto a qualsiasi forma di violenza fisica o morale commessa nei confronti di persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà personale. Il diritto all'integrità fisica è proclamato e protetto soprattutto dall'art. 32 Cost., “non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché in esso si configura come un diritto primario ed assoluto”²⁷⁰, pienamente operante “non soltanto nei rapporti tra privati ma financo in quelli tra privato e pubblici poteri”²⁷¹. Da tale profilo di inviolabilità discende quindi, naturalmente, che in caso di “interventi di coercizione fisica illecitamente posti in essere dal personale penitenziario” possa essere invocata l'ordinaria tutela giurisdizionale in sede civilistica o penalistica²⁷².

Se dunque sotto il richiamato profilo della difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana il diritto alla salute si presenta come diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione, nella sua diversa accezione di diritto a ricevere i trattamenti sanitari, esso risulta viceversa condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento “con gli altri interessi costituzionalmente protetti”²⁷³. Nella

criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento, cit., p. 4219 ss. il quale evidenzia come – malgrado l'adozione di una circolare ministeriale che, per dare seguito alla pronuncia del giudice costituzionale, prevede la perquisizione con denudamento, sia pure senza flessioni, deve essere considerata come l'*extrema ratio* – il tema della legittimità e dei presupposti delle perquisizioni delle cavità corporee del detenuto sia rimasto viceversa del tutto inevaso.

²⁶⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 2013, cit., punto 6 del *considerato in diritto*.

²⁷⁰ Corte cost., sent., n. 88 del 1979, in *Giur. cost.*, 1979, p. 586.

²⁷¹ G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, p. 164

²⁷² G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 165; F. FIORENTIN, *Lesione dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., p. 2833.

²⁷³ Il diritto alla salute del detenuto può essere limitato nell'utilizzo delle risorse del Sistema Sanitario Nazionale (S.S.N.) per quanto concerne l'accesso ai servizi, ai trattamenti, all'informazione, alla partecipazione, alla salubrità dell'ambiente.

dimensione del carcere, in particolare, le evidenti esigenze di custodia insite nella detenzione appaiono suscettibili di comprimere la fruizione del diritto in questione con riguardo, anzitutto, alla possibilità di scegliere il luogo della cura e il soggetto chiamato a prestarla²⁷⁴. Fatte tali premesse, si tratta allora di chiarire quale bilanciamento sia venuto stabilendosi tra le contrapposte istanze di sicurezza e il diritto alla salute nella sua accezione di diritto a ricevere trattamenti sanitari di miglior livello possibile nelle circostanze date²⁷⁵. In termini del tutto generali, l'art. 11 ord. penit. chiarisce come tale esigenza sia soddisfatta assicurando la presenza di presidi sanitari all'interno dell'istituto penitenziario e facendo salva la possibilità di trasferire – con provvedimento del magistrato di sorveglianza – gli internati in luoghi di cura esterni ove siano necessarie cure o trattamenti non eseguibili in carcere²⁷⁶. Dal canto suo, il regolamento penitenziario (art. 17 reg. esec.) rinvia al d.l. 22 giugno 1999, n. 230 il quale dà concretezza al diritto alle prestazioni sanitarie, stabilendo che esse siano garantite nell'ambito del sistema sanitario nazionale²⁷⁷ e a livelli di prestazione analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi.

Ma che accade allorché le strutture carcerarie ed extracarcerarie non risultano idonee ad assicurare le esigenze di tipo diagnostico o terapeutico? Sul punto, limitatamente alla condizione dei soli condannati, il legislatore ordinario è a più riprese intervenuto dando vita a una complessa rete di strumenti di cui il detenuto può avvalersi per “congelare” temporaneamente il rapporto di esecuzione, ovvero per proseguire l'espiazione della pena

²⁷⁴ Facoltà che è invece sempre riconosciuta al cittadino libero, cfr. Corte cost., 142 del 1982 in *Giur. cost.*, 1982, p. 1024 ss.; in questo senso, cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 141.

²⁷⁵ L'ordinamento del personale sanitario penitenziario è infatti per lungo tempo escluso dalla riforme che hanno interessato la materia sanitaria, contribuendo a delineare un quadro che tra carenze di personale, sovraffollamento dell'utenza e ritardi delle prestazioni non consentiva di guardare all'amministrazione penitenziaria come soggetto in grado di garantire l'esercizio del diritto ai trattamenti sanitari; cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 141 ss.

²⁷⁶ Cfr. art. 11 c. 2 ord. penit.: “ove siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati e gli internati sono trasferiti, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura. Per gli imputati, detti trasferimenti sono disposti, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, dal magistrato di sorveglianza; prima della pronuncia della sentenza di primo grado, dal giudice istruttore, durante l'istruttoria formale; dal pubblico ministero, durante l'istruzione sommaria e, in caso di giudizio direttissimo, fino alla presentazione dell'imputato in udienza; dal presidente, durante gli atti preliminari al giudizio e nel corso del giudizio; dal pretore, nei procedimenti di sua competenza; dal presidente della Corte di appello, nel corso degli atti preliminari al giudizio dinanzi la Corte di assise, fino alla convocazione della Corte stessa e dal presidente di essa successivamente alla convocazione”.

²⁷⁷ Il d.l. 22 giugno 1999, n. 230, segna infatti il passaggio dell'intervento sanitario nei confronti dei cittadini detenuti dall'amministrazione penitenziaria al servizio sanitario nazionale, anche se inizialmente ai soli servizi di prevenzione e d'intervento sulle dipendenze, stabilisce il principio della separazione delle competenze tra le ASL e l'amministrazione penitenziaria, assegnando alle prime il compito di erogare le prestazioni e all'altra la garanzia della sicurezza. Sul punto, da ultimo, M. L. FADDA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 613 ss.; G. MELCHIORRE NAPOLI, *Salute, affettività, libertà di corrispondere e comunicare: i diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014.

in forme differenziate da quella carceraria²⁷⁸. La prima categoria ricomprende le tradizionali ipotesi di rinvio-differimento dell'esecuzione penale nonché quelle di più recente introduzione concernenti la sospensione dell'ordine di esecuzione finalizzata a favorire la riabilitazione di persone condannate per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza (art. 90 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309). Nella seconda categoria rientrano invece numerose misure alternative alla detenzione concesse in relazione a particolari casi di grave infermità psichica e fisica; si allude in particolare all'affidamento in prova di cui all'art. 47-ter ord. penit., alla detenzione domiciliare di cui allo stesso articolo, alla detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-quinquies ord. penit. nonché all'affidamento in prova in casi particolari di cui all'art. 94 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309²⁷⁹.

È con particolare riferimento alle ipotesi di rinvio dell'esecuzione penale che la Corte costituzionale è stata a più riprese chiamata a pronunciarsi in merito al bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto e esigenze di custodia sottese alla detenzione in carcere. L'istituto citato, storicamente elaborato quale limitazione del diritto soggettivo pubblico dello Stato all'esecuzione della sentenza di condanna, delinea in termini generali la prevalenza del fondamentale diritto alla salute del condannato ogniqualvolta per le "condizioni di grave infermità fisica del condannato", l'esecuzione penitenziaria si traduca in un trattamento contrario al senso di umanità²⁸⁰. Peraltro, con l'eccezione dei casi di cui diremo tra breve, è rimesso all'autorità giudiziaria il compito di pervenire a un opportuno bilanciamento tra le istanze di inderogabilità della pena e il diritto alla salute come valore

²⁷⁸ Sul punto, in termini analoghi, si veda C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, p. 135 ss.

²⁷⁹ Per un'analisi empirica dei dati relativi all'applicazione di tale istituto cfr. S. ARDITA - B. BRUNETTI - G. STARNINI - S. BABUDIARI, *Incompatibilità con lo stato di detenzione dei pazienti con infezione da HIV*, in *Rass. crim. penit.*, 2003, p. 166 ss.

²⁸⁰ Cass, sez. I, sent. 27 novembre 1996, n. 6283 in *CED Cass*, 206753: "La ragione ispiratrice della disposizione dell'art.147 comma primo n. 2 cod. pen. - che consente il rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica - è quella di evitare al condannato trattamenti inumani e la sua sottomissione ad una pena di fatto più grave di quella irrogatagli, in quanto espiata in uno stato di menomazione fisica di tale rilevanza da implicare necessariamente, oltre alla preoccupazione legata ad un eventuale giudizio di inadeguatezza dell'assistenza sanitaria, istituzionalmente garantita, anche il profondo disagio morale prodotto dal particolare tipo di vita imposto dal carcere a chi, non solo non può approfittare delle opportunità offertegli per la sua rieducazione, ma vede amplificarsi senza rimedio gli aspetti negativi: a tali criteri il giudice deve riferirsi ai fini della decisione in presenza di un'istanza di rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica". Nella fattispecie si trattava di un'ordinanza con la quale il Tribunale di Sorveglianza aveva rigettato un'istanza di rinvio della pena per grave infermità fisica, limitandosi a sottolineare la compatibilità delle infermità da cui era affetto il condannato con il regime carcerario; la Suprema Corte, a seguito di ricorso proposto dai difensori dell'interessato, ha annullato con rinvio l'ordinanza impugnata e, nell'enunciare il principio come sopra massimato, ha sottolineato innanzi tutto la estraneità, rispetto all'istituto del rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità, del concetto di compatibilità delle condizioni di salute con il regime carcerario, ed ha quindi osservato che la detta ordinanza appariva carente di motivazione avendo il Tribunale escluso, senza di ciò indicare congruamente le ragioni e senza pertanto tener conto dei criteri di cui in massima, la negativa incidenza delle infermità sulla vita del recluso.

espressivo della dignità dell'uomo²⁸¹, avuto riguardo alle particolari condizioni di salute del recluso. Al fine di offrire una panoramica sui difficili rapporti tra diritto alla salute, esecuzione penitenziaria e discrezionalità giudiziale è sufficiente richiamare per sommi capi la vicenda che ha interessato il differimento obbligatorio dell'esecuzione penale di cui all'art.146 n. 3 c.p. così come modificato dal d.l. 14 maggio 1993 n. 139, che prevedeva l'automatica operatività del rinvio in caso di persone affette AIDS conclamato ai sensi dell'art. 286-bis c. 2 c.p.p.²⁸²

Sul punto era intervenuta anzitutto, la pronuncia 70 del 2014 con la quale la Corte aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 n. 3 c.p. sollevata dal Tribunale di Torino in relazione a diversi parametri costituzionali²⁸³; vi si denunciava, in particolare, la scarsa attenzione dedicata dal legislatore alle esigenze di tutela della collettività e l'irragionevole "privilegio" riservato a quanti, per il solo fatto di essere portatori di infezione da HIV, beneficiavano del rinvio obbligatorio dell'esecuzione di pene detentive²⁸⁴. La *quaestio*, che individuava numerosi profili di illegittimità costituzionale della normativa codistica²⁸⁵, era però stata risolta dalla Corte costituzionale sul piano dei limiti alla discrezionalità legislativa. I giudici costituzionali osservavano come l'alternativa tra immediata esecuzione della pena e sua temporanea inesigibilità "non

²⁸¹ Cass., sez. I, sent. 4 dicembre 1992, n. 5037, in *Cass. pen.*, 1994 secondo cui in tema di rinvio facoltativo dell'esecuzione di cui all'art. 147 c.p. "il giudice di merito, con adeguata e coerente motivazione, deve dar ragione delle sue scelte, bilanciando il principio costituzionale dell'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost.) con quello di tutela della salute (art. 32 Cost.) e del senso di umanità (art. 27 Cost.) che deve caratterizzare l'esecuzione della pena".

²⁸² Cass., sez. I, 5 aprile 1994, n. 1504, in *CED Cass.*, 197847 secondo la quale "disposto il rinvio, ogni ulteriore comportamento dell'interessato produttore di eventuali illeciti penali non assume alcun rilievo giuridicamente valutabile ai fini di un'eventuale revoca del beneficio; soltanto il venir meno del presupposto (allo stato della scienza medica ipotizzabile solo come erronea iniziale valutazione dello stato di salute del condannato) implica per il competente giudice una riconsiderazione della nuova situazione fattuale sfociante, se del caso, nella revoca della sospensione dell'esecuzione della pena".

²⁸³ Corte cost., sent. n. 70 del 1994 in *Giur.cost.*, 1993, p. 745 ss.

²⁸⁴ Sulle pronunce della Corte relative al combinato disposto degli artt. 146 n. 3 c.p. e 286-bis c. 2 c.p.p., F. APRILE, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus HIV*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2059 ss.; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 141 ss.

²⁸⁵ I giudici rimettenti lamentavano la violazione dei diritti inviolabili (*ex art. 2 Cost.*) di coloro i cui interessi potessero venir aggrediti da quanti si trovassero nelle condizioni descritte dalla norma, essendo privati di "efficace tutela penale in assenza dello strumento che ne assicura la necessaria forza intimidatrice"; sarebbe risultato vulnerato altresì il principio di uguaglianza, generando la disposizione un trattamento irragionevolmente discriminatorio per i malati "comuni" rispetto alle persone affette da HIV, considerato che, alla luce dei dati offerti dalla scienza medica, i medesimi caratteri di gravità, irreversibilità ed inaggravabilità sono presenti in molte altre patologie; si deduceva altresì la violazione dell'art. 111 Cost., risultando vanificata la funzione della magistratura di sorveglianza di "dirimere il conflitto tra il diritto dello Stato ad eseguire le sentenze di condanna a pene detentive e il diritto del condannato al differimento della esecuzione della pena"; da ultimo la disposizione censurata sarebbe risultata in contrasto con gli art. 21 c. 3 e 32 c. 1 Cost., in quanto, considerati i caratteri di estrema dinamicità che presenta l'infezione da HIV e la varietà di situazioni che dalla stessa possono scaturire, dovrebbe essere "concretamente provato che l'applicazione della pena leda il fondamentale diritto alla salute o si risolva in un trattamento contrario al senso di umanità".

comporta soluzioni a ‘rime obbligate’ sul piano costituzionale, dovendosi necessariamente ammettere spazi di valutazione normativa che ben possono contemperare l'obbligatorietà della pena con le specifiche situazioni di chi vi deve essere sottoposto”²⁸⁶. Tale giudizio pareva così confermare la primaria importanza assegnata al diritto alla salute, mostrando con ciò di aderire alla scelta compiuta dal legislatore con l'introduzione di un trattamento carcerario differenziato per i malati di HIV²⁸⁷.

La Corte, inoltre, si trovava di nuovo a disattendere le censure di illegittimità rivolte alla disciplina di cui all'art. 146 c.p. sotto il profilo della compatibilità con gli artt. 2 e 3 Cost.²⁸⁸, legittimando un differente trattamento “tra malati "comuni" e persone affette da AIDS, in quanto le caratteristiche affatto peculiari che contraddistinguono quest'ultima sindrome adeguatamente giustificano un trattamento particolare che [...] si incentra sulla necessità di salvaguardare il bene della salute nello specifico contesto carcerario: una finalità, dunque, eterogenea rispetto ad altre gravi malattie, in ordine alle quali il rimedio del rinvio della esecuzione è funzionale esclusivamente alle esigenze del singolo”. I giudici costituzionali rigettavano altresì le censure rivolte alla disciplina del rinvio sotto il profilo degli artt. 27 e 32 Cost, rinvenendo il bene tutelato dalla disposizione impugnata non tanto nella salute del singolo condannato quanto piuttosto nella salvaguardia della sanità pubblica in sede carceraria e ritenendo, di riflesso, che la presunzione *ex lege* non riguardasse il carattere necessariamente inumano del trattamento, ma piuttosto il

²⁸⁶ Corte cost., sent. n. 70 del 1994, punto 4 del *considerato in diritto*: “D'altra parte, occorre anche osservare che qualora la norma in esame fosse ritenuta non conforme ai principii costituzionali per il sol fatto che dalla sua applicazione possono in concreto scaturire situazioni di pericolosità per la sicurezza collettiva, ne conseguirebbe che alla esecuzione della pena verrebbe assegnata, in via esclusiva, una funzione di prevenzione generale e di difesa sociale, obliterandosi in tal modo quella eminente finalità rieducativa che questa Corte ha invece inteso riaffermare anche di recente”.

²⁸⁷ Per un tale rilievo, cfr. F. APRILE, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus HIV*, cit., p. 2059 ss. Sul punto, anche Corte cost. sent., n. 210 del 1994 ove veniva osservato come nella norma impugnata "sia rinvenibile una esigenza tutt'altro che secondaria agli effetti del bilanciamento che quella scelta coinvolge, giacché il legislatore ha inteso porre rimedio a 'situazioni di estrema drammaticità', quali sono quelle che scaturiscono dalla particolare rilevanza che il problema della infezione da HIV riveste all'interno della popolazione carceraria, 'essendo il carcere un luogo in cui si trova concentrato un alto numero di soggetti a rischio'”.

²⁸⁸ Peraltro sotto altro profilo la Corte era stata investita di un'ulteriore questione di legittimità costituzionale relativa, in particolare, alla disparità di trattamento determinata dalla mancata previsione di una disposizione analoga a quella dell'art. 146 c.p. per i destinatari delle misure di sicurezza; si evidenziava in particolare come non risultando l'indicata lacuna colmabile in via interpretativa – stante la tipicità dei casi di sospensione, trasformazione e revoca delle misure di sicurezza – venisse a generarsi una non giustificata disparità di trattamento tra internati affetti dalla stessa patologia, “tenuto conto, per un verso, della sostanziale identità del trattamento sanitario praticabile nei diversi istituti penitenziari e, sotto altro profilo, dell'omologo *status* custodiale che caratterizza tanto l'esecuzione della pena che l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive”; cfr. Corte cost., sent. 308 del 1994 in *Giur. cost.*, 1994, p. 2639 su cui vedi G. LATTANZI, *Sul trattamento delle persone con infezione da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione*, in *Cass. pen.* 1995, p. 2897 ss.

pregiudizio potenzialmente patito dagli altri detenuti in caso di immediata esecuzione della condanna.

La Corte non mancava tuttavia di porre in evidenza, attraverso la ben nota formula monitoria, la necessità di un tempestivo intervento del legislatore volto a dare cittadinanza a quelle esigenze di tutela della collettività potenzialmente messe a rischio dalla sostanziale impunità garantita ai condannati portatori del virus HIV a dispetto della loro eventuale pericolosità sociale. I giudici costituzionali indirizzavano così un segnale "seminascosto" al legislatore²⁸⁹, prodromico al *revirement* destinato a prendere corpo in una successiva pronuncia. Con la sentenza n. 438 del 1995²⁹⁰, la Corte giungeva infatti a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 n. 3 c.p. nella parte in cui prevedeva che il differimento ha luogo anche laddove l'espiazione della pena poteva avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti. Tra i profili di illegittimità evidenziati dal giudice *a quo* l'irragionevole trattamento di favore riservato ai malati di AIDS e l'obliterazione di tutte le finalità costituzionalmente assegnate alla pena in "un'ottica di deresponsabilizzazione che contraddice il principio stabilito al primo comma dell'art. 27 della Costituzione". Maggiormente pervasive si rivelavano, tuttavia, le censure rivolte alla tutela del diritto alla salute in ambito carcerario.

Nelle ordinanze di rimessione si evidenziava infatti come, trasferendo il malato di AIDS dal carcere all'ambiente libero per salvaguardare il bene della salute collettiva carceraria si finisse per esporre a grave e maggior pericolo il bene della salute dell'intera collettività, "quantitativamente maggiore" perché riferibile ad un numero assai più elevato di soggetti. Facendo proprie tali prospettazioni, e mutando angolo visuale rispetto alla precedente giurisprudenza, la Corte riteneva così che il rinvio obbligatorio risultasse principalmente rivolto alla salvaguardia della salute del singolo detenuto, con conseguente irragionevolezza della norma nella parte in cui non consente di accertare, in concreto, se le condizioni del detenuto siano incompatibili con lo stato di detenzione²⁹¹. Se infatti,

²⁸⁹ In questo senso, E. FASSONE, *Corte costituzionale e AIDS: una conclusione infelice ma inevitabile*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 287

²⁹⁰ Corte cost., sent. n. 438 del 1995 in *Cass. pen.*, 1996, p. 2060 ss.

²⁹¹ Sul punto analogamente Corte cost., sent. n. 439 del 1995 in *Cass. pen.*, 1996, p. 2060 ss. e in *Giur. cost.*, 1995, p. 3455 ss. con nota di A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative penali*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 286-bis c. 1 c.p.p. nella parte in cui stabiliva il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone affette da AIDS conclamato ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, e ciò anche laddove sussistessero le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275 c. 4 c.p.p., e l'applicazione della misura possa avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti. La decisione della Corte veniva così a ripristinare il sistema di valutazione individualizzato relativo alla grave infermità fisica, da svolgersi segnatamente con riferimento all'offerta di prestazioni possibile nella struttura penitenziaria anche con riferimento agli imputati affetti da infezione da HIV.

argomentano i giudici della Consulta, il legislatore avesse voluto prendere esclusivamente in considerazione la salute collettiva penitenziaria non avrebbe dovuto limitare l'ambito di operatività della disposizione ai soli detenuti affetti da AIDS conclamata di cui all'art. 286-bis c.p.p. Ma se l'istituto del rinvio obbligatorio dell'esecuzione deve tendere, nel caso di specie, a preservare le condizioni di salute del condannato, è evidente, allora, che sono soltanto queste ultime a dover essere prese in considerazione dal legislatore e non certo la malattia in quanto tale, giacché, a fronte di un identico stato morboso, qualunque esso sia, le variabili cliniche possono essere tante quanto l'intera casistica è in grado di offrire.

Da tale constatazione discende, pertanto, l'irragionevolezza della norma censurata nella parte in cui preclude di accertare in concreto se le condizioni del singolo risultino effettivamente incompatibili con lo stato detentivo ovvero possano recare pregiudizio alla salute degli altri detenuti. Non solo, infatti, la varietà delle condizioni cliniche impone un accertamento caso per caso, ma stante l'esigenza di proteggere la salute della restante popolazione penitenziaria spetterà al giudice verificare, anche in relazione alle strutture disponibili, se l'esecuzione della pena possa avvenire senza pregiudizio per gli altri reclusi. Nel dare seguito alla declaratoria di incostituzionalità il legislatore – soprattutto al fine di evitare nuove disparità di trattamento – ha perciò esteso il motivo di differimento obbligatorio anche a quanti siano affetti da altra malattia grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e ha inoltre ancorato la concessione del rinvio all'accertamento di "un criterio soggettivo di valutazione dello stato di salute del detenuto"²⁹², indicando quale presupposto che la persona si trovi in una in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative (cfr. art. 6 legge 12 luglio 1999, n. 231)²⁹³.

Insomma, come i giudici costituzionali hanno nuovamente avuto occasione di precisare – dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Palermo per contrasto dell'art. 146 c. 1 n. 3 c.p. con l'art. 2 Cost.²⁹⁴ – ai fini del differimento obbligatorio "occorre l'ulteriore condizione che la malattia non solo sia gravemente debilitante, ma sia giunta alla sua fase terminale, così da escludere,

²⁹² A. CALAIOLLI, M. BRANCACCIO, *Commento all'art. 146 c.p.* in T. PADOVANI, *Codice penale*, tomo I, Milano, 2014, p. 951 ss.

²⁹³ Sul punto vedi C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 149 ss.; DE MORI, RONCALI, TAVANI, *Compatibilità carceraria, HIV/AIDS e "malattia particolarmente grave". Profili giuridici, riflessi sociologici, aspetti medico-legali e criminologici*, Milano, 2001, p. 41 ss.

²⁹⁴ Corte cost., sent. n. 264 del 2009 in *Cass. pen.*, 2010, p. 919. Sul punto vedi E. BURZI, *Infermità fisica, infermità psichica ed esecuzione della pena*, in *Giur. it.*, 2009, p. 943. Nella giurisprudenza di legittimità tale presupposto è interpretato nel senso che "tenuto conto della natura dell'infermità e di un'eventuale prognosi infausta *quoad vitam* a breve scadenza, l'espiazione di una pena appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti"; cfr. Cass., sez. I, sent. 18 giugno 2008, n. 28555, in *CED Cass.*, 240602.

secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, la rispondenza del soggetto ai trattamenti disponibili o alle terapie curative". È questa del resto la posizione ormai del tutto consolidata della giurisprudenza di legittimità, la quale univocamente interpreta la novella di cui all'art. 6 della citata legge 12 luglio 1999, n. 231 nel senso di ritenere che il rinvio obbligatorio sia concedibile soltanto nei casi di AIDS o altra grave malattia giunta allo stato terminale²⁹⁵, al punto da rendere superfluo – secondo alcuni giudici – l'accertamento dell'incompatibilità con lo stato di detenzione²⁹⁶. Da ultimo, si consideri che ai sensi dell'art. 47-quater c. 1 ord. penit., le misure alternative di cui agli artt. 47 e 47-ter ord. penit. possono essere concesse, anche al di fuori dei limiti di pena per esse stabiliti, nei confronti di coloro i quali sono affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate a norma dell'art. 286-bis c. 2 c.p.p. che vogliano iniziare o abbiano iniziato un programma terapeutico presso le strutture sanitarie indicate²⁹⁷.

²⁹⁵ Cass., sez. I., 10 ottobre 2009, n. 41580, in *CED Cass.*; Cass., sez. I., 17 giugno 2004 n. 33967, in *CED Cass.*, 228715; Cass., sez. I., 29 settembre 2009, n. 38915 in *Guida al diritto*, 2010, p. 71: "La malattia da cui è affetto il condannato deve essere grave, cioè tale da porre in pericolo la vita o da provocare altre rilevanti conseguenze dannose e, comunque, da esigere un trattamento che non si possa facilmente attuare nello stato di detenzione. Ai fini del differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica, il grave stato di salute va inteso come patologia implicante un serio pericolo per la vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, eliminabili o procrastinabili con cure e trattamenti tali da non potere essere praticati in regime di detenzione intramuraria neppure mediante ricovero in ospedali civili o altri luoghi esterni di cura ai sensi della l. 26 luglio 1975, n. 354, art. 11".

²⁹⁶ Cass., sez. I., sent. 27 ottobre 2010, n. 42276 in *CED Cass.*, 249019 secondo la quale nel caso di AIDS allo stato terminale "non è richiesto affatto dalla legge una valutazione di compatibilità o meno della patologia descritta con lo stato di detenzione, come si evince dal prosieguo della norma evocata che, nell'altra ipotesi tipizzata nel medesimo contesto normativo, là dove contempla 'altra malattia particolarmente grave', esige, diversamente, si ribadisce, dalla prima ipotesi, la necessità di valutarne la compatibilità carceraria intramuraria".

²⁹⁷ Non è possibile dimenticare, da ultimo, come chi si trovi in condizioni di "condizioni di grave infermità fisica" – da valutare in termini "relativi" e ciò rapportando il giudizio alle condizioni dell'istituto penitenziario e all'offerta terapeutica ivi assicurata – possa presentare richiesta di differimento dell'esecuzione penale ai sensi dell'art. 147 c. 1 n. 2 c.p.; sul punto è peraltro opportuno rinviare a Cass., sez. I., 23 ottobre 1989, n. 2607 secondo cui, da un lato, l'art. 147 c. 1 n. 2 "non prevede il differimento dell'esecuzione della pena in presenza di una qualunque infermità ma richiede l'esistenza di una 'grave infermità' [...] valutata non in assoluto ma in relazione al bisogno di cure e alla loro praticabilità nello stato di detenzione" e, dall'altro, "ciò che giustifica il differimento è l'impossibilità di praticare utilmente le cure nel corso dell'esecuzione e non la semplice possibilità di praticarle meglio fuori dell'ambiente carcerario". Resta fermo come, tanto ove sussistano i presupposti per il rinvio obbligatorio quanto quelli per il rinvio facoltativo, il magistrato di sorveglianza non si trovi di fronte a una rigida alternativa tra carcerazione e libertà "senza vincoli", potendo ordinare nei confronti dei condannati, senza limiti di pena e con un termine di durata prorogabile, l'applicazione della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter c. 1-ter ord. penit. La detenzione domiciliare surrogatoria del rinvio dell'esecuzione deve comunque essere tenuta distinta dalla detenzione domiciliare di cui allo stesso art. 47-ter c. 1 lett. c) ("persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedano costanti contatti con i presidi territoriali") per cui è richiesto che la pena da espiare in concreto non superi i quattro anni e sempre che, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità la misura sia compatibile con le finalità risocializzative di cui all'art. 27 c. 3 Cost. Peraltro, è proprio quest'ultimo requisito, insieme al diverso decorso della malattia, a fare da spartiacque tra la detenzione domiciliare e il differimento di pena ogniqualvolta i presupposti applicativi dei due istituti risultino sovrapponibili; cfr. Cass., sez. I., sent. 19 ottobre 1999, n. 5715, in *CED Cass.*, 214419 con particolare riferimento ai rapporti tra art. 147 c. 1 n. 2 c.p. e art. 47-ter c. ord. penit. Sul punto si veda da ultimo, Cass., sez. I., sent. 18 giugno 2008, n. 28555, in *CED Cass.*, 240602: "La detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato,

Non è possibile esaurire l'analisi dei rapporti tra esecuzione penitenziaria e diritto costituzionale alla salute, senza accennare all'annoso problema del diritto a rifiutare le cure con riferimento, in particolare, alla complessa fenomenologia dello sciopero della fame in carcere²⁹⁸. Come noto la Costituzione italiana legittima trattamenti sanitari obbligatori o coattivi soltanto in presenza del consenso del paziente, stabilendo altrimenti un divieto di trattamenti sanitari cui non è possibile derogare "se non per disposizione di legge" ai sensi dell'art. 32 c. 2 Cost. Come accorta dottrina non ha mancato di sottolineare, inoltre, tale deroga deve essere interpretata in termini restrittivi in virtù della sua stretta connessione con il bene della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., e in ragione del rispetto dovuto alla persona umana che lo stesso art. 32 c. 2 Cost. prevede come condizione per l'imposizione dei trattamenti sanitari²⁹⁹. Ne consegue che lo stesso intervento del legislatore risulterà legittimo solo allorché "alla salute del singolo si affianchi e sovrapponga l'interesse alla salute della collettività"³⁰⁰. Il *favor libertatis* a cui si ispira tale disposizione impone, quindi, di ritenere che i limiti alla sfera di autodeterminazione del singolo debbano essere motivati non tanto in ragione del pregiudizio alla salute individuale che deriverebbero dalla mancata sottoposizione a determinate trattamenti sanitari, quanto piuttosto dal fatto che "la condizione di malattia del singolo sia suscettibile di pregiudicare lo stesso diritto alla salute di altri componenti della collettività"³⁰¹.

mentre il differimento della pena previsto dall'art. 146 c.p. e art. 147 c.p., comma 1, n. 2 mira soltanto ad evitare che l'esecuzione della pena avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità. Alla luce di tali principi, a fronte di una richiesta di rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica, il giudice deve valutare se le condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con le finalità rieducative della pena e con le possibilità concrete di reinserimento sociale conseguenti alla rieducazione. Qualora, all'esito di tale valutazione, tenuto conto della natura dell'infermità e di un'eventuale prognosi infausta *quoad vitam* a breve scadenza, l'espiazione di una pena appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti, ovvero appaia priva di significato rieducativi in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in un futuro gli effetti della sanzione sul condannato, deve trovare applicazione l'istituto del differimento previsto dal codice penale. Se, invece, le condizioni di salute, pur particolarmente gravi, non presentino le suddette caratteristiche di sofferenza o di prognosi infausta, e richiedano i contatti con i presidi sanitari territoriali indicati dall'art. 47 ter, comma 1, lett. c) Ord. Pen., può essere disposta la detenzione domiciliare ai sensi della citata disposizione".

²⁹⁸ In argomento si vedano, *ex multis*, G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 177 ss.; F. DAL CANTO, *Lo sciopero della fame in carcere*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 906 ss.; G.M. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, in *Rass. penit. crimin.*, 2003, p. 15 ss.; I. ALLEGRANTI, G. GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Padova, 1983; G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, c. 325 ss.

²⁹⁹ I principi contenuti nella norma costituzionale sono stati trasfusi nella legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale; all'art. 33 c. 1 si legge infatti: "Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura".

³⁰⁰ M. LUCIANI, *Salute – I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1991, p. 155.

³⁰¹ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, p. 89; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 97

In assenza di esplicite previsioni legislative, comunque, la condizione di liceità del trattamento sanitario non può che risiedere nel consenso, inteso come espressione di un "diritto alla disponibilità del proprio corpo: diritto che come implica il consenso ad atti di disposizioni su di esso a favore di altri (in quanto mantenuti nell'ambito prescritto dall'art. 5 c.c.) così li esclude anche se compiuti a salvaguardia del corpo stesso, allorché il consenso manchi"³⁰². Ma vi è di più, solo una disposizione legislativa che indichi *con precisione* a quale trattamento deve sottoporsi il consociato, potrà autorizzare un medico a ignorare il dissenso del paziente validamente espresso. Più precisamente, non si è mancato di evidenziare come la legge che disciplina il trattamento sanitario obbligatorio debba a sua volta determinare in modo puntuale le condizioni del trattamento imposto; la riserva di legge risulterebbe così soddisfatta soltanto qualora la legge preveda "un determinato trattamento, le prestazioni imposte, i presupposti, l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione, e non una generica previsione di cura"³⁰³. In quest'ottica, dunque, non sarebbe sufficiente a fondare la liceità del trattamento obbligatorio una clausola generale come quella di cui all'art. 54 c.p. il cui ricorso finirebbe per "affievolire il principio di legalità dell'azione amministrativa in una clausola generale il cui unico scopo è quello di risolvere situazioni conflittuali eccezionali"³⁰⁴.

Fatte queste indispensabili premesse, può allora correttamente inquadrarsi il problema dello sciopero della fame e delle (eventuali) prestazioni terapeutiche imposte al detenuto per evitarne il decesso mediante alimentazione forzata³⁰⁵. Occorre, anzitutto, rigettare la tesi secondo la quale al fine di impedire l'evento lesivo l'amministrazione penitenziaria risulterebbe autorizzata ad adottare misure coattive ai sensi dell'art. 41 ord. penit. e dell'art. 82 reg. esec. Come è stato correttamente evidenziato, infatti, tali norme si limitano a consentire l'uso della forza fisica per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, agli ordini impartiti³⁰⁶. Sennonché non pare affatto pacifico che la scelta volontaria di non alimentarsi possa essere qualificata come forma di autolesionismo o comunque annoverata tra gli atti che la norma mira ad impedire. Tale

³⁰² Così autorevolmente, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, p. 437. In senso analogo da ultimo, S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso d'ogni equivoco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 267 ss.

³⁰³ G.M. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, cit., 2003, p. 26.

³⁰⁴ D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 369.

³⁰⁵ È del tutto pacifico infatti che queste costituiscano trattamenti sanitari obbligatori posto che "le tecniche da impiegare sono presumibilmente sanitarie" e che "la pratica ha il fine di conservare in salute un individuo che attua un comportamento autolesionistico"; cfr. V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 362. In giurisprudenza, Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2007, I, p. 3042.

³⁰⁶ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 159.

conclusione risulterebbe d'altronde indirettamente confermata anche dalla *sedes materiae* della disposizione in esame, collocata in un capo diverso rispetto a quello dove sono disciplinati i trattamenti sanitari³⁰⁷. Del resto, ove si acceda a un'interpretazione dell'art. 13 Cost. intesa ad ampliarne il contenuto di garanzia anche alle misure coercitive³⁰⁸, non potrebbe comunque accogliersi una tesi che esplicitamente attribuisca alla amministrazione penitenziaria il potere di adottare provvedimenti limitativi della libertà personale in assenza di un previo provvedimento dell'autorità giurisdizionale.

Al contempo, pare quanto meno criticabile l'impostazione che individua quale fondamento di liceità dell'intervento coattivo una pretesa posizione di garanzia in capo all'amministrazione penitenziaria tale da imporre come doverosa qualsiasi attività intesa a tutelare la vita e l'incolumità degli individui sottoposti alla sua responsabilità³⁰⁹. Se è infatti innegabile che il detenuto si trovi sotto la responsabilità dell'amministrazione a cui è ovviamente affidato anche il compito di garantirne l'incolumità, non sembra per ciò solo potersi desumere la sussistenza di un obbligo di attivarsi anche contro la volontà del detenuto. Resta fermo, infatti, che in capo al detenuto sopravvivono diritti fondamentali – a partire da quello spazio di libertà non pregiudicato dalla detenzione più volte richiamato – che impediscono di ritenere lecita una qualsiasi attività volta a "vincere una resistenza posta a tutela di un proprio diritto"³¹⁰: deve così escludersi che l'obbligo impeditivo possa concretarsi in un intervento coercitivo, risolvendosi al più in poteri-doveri di informazione circa le conseguenze del digiuno.

L'ambito di liceità del trattamento – e la soluzione dei correlativi problemi giuridici e deontologici – finisce dunque per dipendere dalla validità del dissenso manifestato dal detenuto. Sotto questo profilo a fronte di una sostanziale convergenza quanto alle caratteristiche che la manifestazione di volontà deve possedere, gli orientamenti dottrinali paiono tuttavia divergere ove si tratti di rinvenire le circostanze in cui concreto il consenso risulta validamente prestato. Una prima tesi, del resto, pare addirittura negarne *ab origine* qualsiasi efficacia liberatoria, ritenendo che la volontà del recluso risulti sempre in radice

³⁰⁷ V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, cit., p. 365; D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, cit., p. 371; G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, cit., c. 329; G.M. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, cit., 2003, p. 27.

³⁰⁸ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., p. 50 ss.

³⁰⁹ Ed il cui inadempimento è suscettibile di integrare le fattispecie di reato di cui al combinato disposto della clausola di equivalenza dell'art. 40 c. 2 c.p. e di fattispecie di parte speciale quali, esemplificativamente, gli artt. 589, 590, 328 c. 1 e 586 c.p.

³¹⁰ G.M. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, cit., 2003, p. 26. Di qui il problema della possibile applicazione ai trattamenti coattivi delle garanzie di cui all'art. 13 Cost. il che oltre al rispetto della riserva di giurisdizione condurrebbe altresì a un rafforzamento della riserva di legge, posto che quella ex art. 32 c. 2 Cost è relativa, seppur rinforzata, mentre quella di cui all'art. 13 Cost. è assoluta; cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 156.

pregiudicata dall'irreparabile condizionamento psicologico prodotto dallo *status detentionis*. Il detenuto che si lascia morire di inedia sarebbe infatti libero solo in apparenza, dal momento che la privazione della libertà personale arriverebbe a distorcerne in modo irreparabile la capacità di percepire il reale³¹¹. Al di là dell'assoluta infondatezza e approssimazione dal punto di vista psicologico³¹², la tesi in discorso si concreta in un'inaccettabile disparità di trattamento tra cittadini liberi e detenuti, postulando un diverso atteggiamento protettivo dello Stato nei confronti dei cittadini a seconda che essi risultino o meno assoggettati allo stato di detenzione.

Una seconda tesi giunge invece a negare la validità del consenso prestato affermando che nello stato terminale del digiuno, a causa di un'incapacità somatica di ricevere l'alimentazione provocata dall'insorgenza di un'anoressia cagionata dall'inedia, verrebbe comunque meno l'attualità del rifiuto. In altri termini, ci si troverebbe più a una libera volontà del detenuto ma un rigetto di tipo fisiologico, al punto che sarebbe il digiuno a prendere la mano al digiunatore³¹³. Non solo, come ulteriore complicanza derivante dal digiuno protratto il dissenso finirebbe per risultare invalidato dall'insorgere di una patologia psichica – nota come sindrome di encefalopatia di Gayet-Wernicke, tale da fare quasi del tutto scemare la capacità di intendere e volere del digiunante. In questa prospettiva, il trattamento sanitario potrebbe essere imposto al detenuto ormai non più senziante in forza del disposto dell'art. 34 c. 2 ord. penit., dovendosi ritenere che il digiuno costituisca manifestazione, per quanto solo indiretta, di un più complesso stato di patologia psichica³¹⁴. Lo sconfinare del digiuno in disturbo psicologico autorizzerebbe il ricorso al trattamento sanitario ai sensi della legge 23 dicembre 1978, n. 833 che, all'art. 33, attribuisce al sindaco il compito di disporre il trattamento su richiesta di un medico.

Sennonché a tale ricostruzione si possono muovere talune obiezioni di fondo. In primo luogo, l'equiparazione tra lo stato di ottundimento della volontà cagionato dall'inedia non sembra resistere al vaglio della logica: chiamare malattia mentale la condizione di incoscienza provocata dalla fase terminale del digiuno equivale infatti a confondere le

³¹¹ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 145 ss.; V. MANZINI, *Diritto processuale penale italiano*, Torino, 1949, III, p. 532 nota 1; A. PALAZZO, *Sciopero della fame di detenuti e omissione di soccorso*, in *Riv. pen.*, 1935, p. 420 ss. Nonché Trib. sorv. Milano, sent. 10 ottobre 1989, in *Rass. penit. crim.*, p. 262.

³¹² I. ALLEGRANTI, G. GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, cit., p. 6.

³¹³ V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, cit., p. 362 ss.; da ultimo cfr. anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, p. 530.

³¹⁴ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 100.

cause con gli effetti³¹⁵, se è vero che così argomentando sarebbe possibile qualificare come malattia mentale persino un semplice delirio febbrile. In secondo luogo, la pretesa di accertare la persistenza del consenso al trattamento finisce per obliterare la manifestazione di volontà, inequivoca ed esplicitamente manifestata, del detenuto che ha rifiutato le cure e ha così accettato il rischio dell'eventuale perdita di coscienza e quindi dell'impossibilità di revocare il dissenso³¹⁶. Da ultimo, non sembra trascurabile l'incoerenza sistematica insita nel riconoscere – in deroga alla generale competenza del magistrato di sorveglianza sull'esecuzione della pena³¹⁷ – al sindaco il potere di disporre un provvedimento che in grado di incidere sulla personalità del detenuto, determinando una ulteriore restrizione della libertà personale non giustificata e in eccesso rispetto al *quantum* di privazione imposto con la sentenza di condanna.

A ben vedere, facendo propria quella lettura personalista del valore-dignità da cui abbiamo preso le mosse³¹⁸ sembra preferibile risolvere il problema in esame valutando la compatibilità dello stato di salute del digiunante con la condizione detentiva. Lo sciopero della fame, infatti, non può che essere riguardato come uno strumento attraverso il quale il detenuto procura a se stesso una condizione patologica suscettibile di determinare una incompatibilità tra regime penitenziario e diritto alla salute del condannato. Da tale assunto discende la possibilità di applicare alle ipotesi in discorso quelle soluzioni legislative poste a tutela della salute dei soggetti detenuti che, vario titolo, consentono di sospendere la

³¹⁵ G.M. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, cit., p. 27; G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, cit., c. 237 ss.

³¹⁶ G.M. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, cit., p. 34 secondo il quale “si fa finta di non sapere che il dissenso è stato espresso da chi ha già rifiutato le cure una volta, e una volta per tutte, scontando il rischio della perdita di conoscenza e quindi dell'impossibilità del suo ritiro, a fronte di una concreta presa di posizione rispetto ad un reale problema e ai rischi che comporta”; F. DAL CANTO, *Lo sciopero della fame*, cit., p. 908 ss.; A. GABOARDI, in 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*, Torino, 2014, p. 28.

³¹⁷ Nella fase dell'esecuzione è infatti attribuito al giudice il potere-dovere di sorvegliare sulle modalità di esecuzione e solo a lui è consentito incidere mediante provvedimento sul regime detentivo instaurato con il giudicato; cfr. esemplificativamente l'art. 69 c. ord. penit. “[il magistrato di sorveglianza] esercita altresì la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti”; Corte cost., sent. 114 del 1979, cit., punto 3 del *considerato in diritto*: “a ciò si aggiunge che il decidere intorno al rinvio dell'esecuzione della pena concerne per un verso le restrizioni della libertà personale, e per l'altro l'attuazione della potestà punitiva dello Stato: la quale ultima - è stato affermato nella sentenza n. 204 del 1974, e deve ripetersi in questa sede - non può essere spostata in capo al Ministro, senza vulnerare la sfera degli organi ad essa istituzionalmente preposti. La norma attributiva della competenza al Ministro va dunque dichiarata costituzionalmente illegittima perché contrasta, non soltanto con l'art. 13, ma con il sistema della Costituzione, nonché con il principio dell'esclusività della funzione propria dell'ordine giudiziario, e della sua distinzione dagli altri poteri dello Stato”.

³¹⁸ G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, cit., p. 117 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., p. 341: “il base al principio personalista s'impone dunque che, nell'attività legislativa, interpretativa e giurisprudenziale, venga data precedenza sostanziale alla persona umana. Da mero strumento in balia dell'apparato questa diviene pertanto un fine la cui realizzazione dovrà costituire il costante obiettivo dell'azione dei pubblici poteri”.

custodia in carcere ove il detenuto sia affetto da una patologia particolarmente grave e a cui non sia possibile fornire prestazioni e terapie curative adeguate all'interno dello stabilimento (art. 275 c. 4-bis c.p.p.; art. 146 c.p., art. 147 c.p. art. 47-ter e art. 47-quater ord. penit.)³¹⁹. Il giudice sarà dunque chiamato a disporre la revoca della custodia cautelare o il differimento dell'esecuzione della pena (ovvero, sussistendone le condizioni o comunque qualora il giudice lo ritenga necessario, la detenzione domiciliare surrogatoria del rinvio *ex art. 47-ter c. 1-ter ord. penit.*) al fine di impedire che l'esecuzione della pena si risolva in un trattamento contrario al senso di umanità.

Senonché, ove il quadro clinico appaia a tal punto compromesso da non permettere al detenuto di acconsentire alla presa in carico da parte di un luogo di cura o dei servizi sanitari esterni all'istituto – necessario al fine di concedere, rispettivamente, la detenzione domiciliare o gli arresti domiciliari *ex art. 275 c- 4-ter c.p.p.*³²⁰ – non resterà al giudice altra possibilità che disporre il differimento dell'esecuzione ai sensi dell'art. 147 c.p. o dell'art. 146 c.p., norma di chiusura che afferma l'incondizionata prevalenza delle istanze di umanizzazione su qualsiasi esigenza di sicurezza o custodia. Ben potrebbe lo stato patologico determinato dal rifiuto di alimentarsi, del resto, integrare la condizione "di malattia particolarmente grave" richiesta dall'art. 146 c.p. quale presupposto per dare luogo al rinvio obbligatorio della pena detentiva³²¹. A tal fine, non sembra potersi attribuire alcuna rilevanza preclusiva al fatto che la condizione di infermità fisica sia auto-procurata dal detenuto³²². Le previsioni legislative dianzi richiamate, infatti, sono volte a tutelare il

³¹⁹ Sul punto si veda C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 149 e p. 222 ss.

³²⁰ L'art. 47-ter c. 2 ord. penit prevede infatti come requisito della concessione del beneficio, oltre alle condizioni di salute particolarmente gravi, la necessità di costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; cfr. C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, cit., p. 149 e p. 222 ss.

³²¹ In questa prospettiva, la condizione patologica indotta dal digiuno ben potrebbe legittimare il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva ai sensi dell'art. 147 c. 1 n. 2 c.p. che ne autorizza il differimento ove il detenuto si trovi in "condizioni di grave infermità fisica" la cui incompatibilità con il carcere dovrebbe valutarsi avuto riguardo, in particolare, alla possibilità che il condannato possa giovare di cure e trattamenti diversi e più efficaci rispetto a quelli garantiti dai presidi sanitari penitenziari. Quest'ultima costituisce infatti, a giudizio della dottrina prevalente, la condizione implicita alla concessione del differimento facoltativo di cui alla disposizione citata; cfr. Cass., sez. I, sent. 16 dicembre 1993, n. 5508, in *CED Cass*, 196255: "La gravità della malattia, in presenza della quale può disporsi, ai sensi dell'art. 147, comma primo, n. 2, cod. pen., il differimento della esecuzione della pena, in tanto rileva in quanto dia luogo ad una situazione di incompatibilità con lo stato di detenzione, nel senso, cioè, che tale stato renda impossibile o eccessivamente difficoltoso il ricorso ai trattamenti sanitari necessari a fronteggiare adeguatamente i danni o i pericoli che la malattia stessa produce, pur tenendo conto delle possibilità oggi offerte, anche in costanza di regime di detenzione, di attuare gli interventi diagnostici e terapeutici richiesti dalle circostanze, o mediante il servizio sanitario di cui ciascun istituto deve essere obbligatoriamente dotato, ovvero mediante i centri clinici dell'amministrazione penitenziaria, ovvero ancora mediante il ricovero in luoghi esterni di cura, ai sensi dell'art. 11 dell'ordinamento penitenziario".

³²² Nessun rilievo cioè potrebbe attribuirsi ad eventuali intenti elusivi dell'esecuzione penale (o della custodia cautelare) salvo voler attribuire alla disposizioni di cui agli artt. 146 e 147 c.p. una valenza premiale di cui invece risultano del tutto privi, mirando viceversa a impedire che per le condizioni di salute del condannato la detenzione penitenziaria possa rivelarsi a tal punto afflittivo da apparire contrario al senso di umanità.

diritto alla salute e – fatta eccezione per le esigenze di sicurezza sociale esplicitamente richiamate come eventuale termine di bilanciamento – non sembrano consentire un esercizio della discrezionalità giudiziale tale da attribuire rilievo assorbente alle intenzioni del detenuto per escluderlo dal beneficio³²³.

6. *Il diritto alla libertà sessuale: affettività e sessualità in carcere e nei rapporti con il mondo esterno.*

Tra i diritti di personalità suscettibili, in concreto, di subire una compressione per effetto dello stato di detenzione deve annoverarsi la pretesa del detenuto all'affettività e alle relazioni sessuali. Non vi è dubbio, infatti, che il diritto alla libertà sessuale rientri tra i diritti inviolabili dell'uomo che, in quanto riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. non necessitano di una esplicita autorizzazione da parte del legislatore ordinario. D'altronde, come si è avuto modo di illustrare, il detenuto rimane titolare di tutti i diritti che presentino il carattere dell'invulnerabilità e in particolare di quelle posizioni giuridiche che costituiscono altrettante "manifestazioni della libertà della persona" a livello fisico e psichico. Per questo motivo, non sembra potersi ragionevolmente ritenere che la compressione della libertà personale, quale risulta imposta dal titolo detentivo, comporti inevitabilmente anche la privazione del diritto di coltivare relazioni affettive e sessuali³²⁴. Se è vero infatti che il detenuto deve conservare, anzitutto, un diritto alla "libertà della persona come unità psico-fisica", sono quindi anzitutto i diritti variamente legati all'identità e all'interiorità della persona a non poter essere pretermessi in conseguenza dello stato di detenzione³²⁵.

Al pari di quanto accade anche per altre situazioni soggettive facenti capo al detenuto, tuttavia, la legge di ordinamento penitenziario manca di offrire esplicito riconoscimento alla pretesa dianzi richiamata, omettendo di prevedere le condizioni necessarie a garantirne in concreto il godimento. In assenza di precise previsioni legislative, il problema della compatibilità del diritto in discorso con la privazione della

³²³ D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, cit., p. 371; G. M. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, cit., p. 31.

³²⁴ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 170 pur con inspiegabile riferimento alle sole relazioni "etero-sessuali"; A. GABOARDI, in 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*, cit., p. 31 "a ben guardare, infatti, l'affettività e la sessualità costituiscono veri e propri diritti fondamentali della persona".

³²⁵ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 51-52: "Considerato che le principali estrinsecazioni del diritto alla 'libertà della persona' riguardano i diritti all'identità, all'interiorità e all'integrità psicofisica, è ad essi che ora occorre fare riferimento rispetto ai soggetti in stato di detenzione".

libertà personale ha così finito per essere sovente inquadrato nell'ambito del più ampio capitolo dei rapporti con la famiglia e il mondo esterno, interessando in particolare la disciplina relativa ai colloqui con i prossimi congiunti. Nella disciplina richiamata parte della dottrina ha infatti voluto intravedere il principale argomento testuale per fondare, *de iure condito*, l'ammissibilità dei rapporti sessuali all'interno degli istituti di pena³²⁶. Per tale ragione non stupisce che ad essere sottoposto a scrutinio di costituzionalità – con specifico riferimento al diritto dei detenuti all'affettività – sia stata in tempi recenti proprio la disciplina legislativa dei colloqui e, in particolare, la puntuale regolamentazione delle loro modalità esecutive. L'art. 18 c. 2 ord. penit. prevede, infatti, che i colloqui si svolgano sotto il controllo visivo del personale di custodia, elevando così un ostacolo di natura fattuale all'effettivo godimento del diritto in esame.

Va detto per inciso che l'art. 18 c. 2 ord. penit., limitandosi a prescrivere il controllo a vista dei colloqui costituisce – sotto il profilo della compatibilità con l'art. 15 Cost. – un indubbio progresso rispetto alla previgente in disciplina³²⁷. Basti pensare, al riguardo che il regolamento del 1931 (r.d. 18 giugno 1931, n. 787) all'art. 98 stabiliva la necessità anche di un controllo auditivo oltre che visivo da parte del personale di custodia, escludendolo soltanto ai colloqui tra imputati e difensori. Con ciò si è dunque inteso realizzare le condizioni in grado di agevolare “la spontaneità del rapporto tra gli interlocutori”³²⁸, senza distinguere in base alla qualifica degli stessi³²⁹. Altrettanto non può dirsi però con riguardo alle relazioni affettive che, secondo l'orientamento dianzi richiamato, proprio attraverso i colloqui dovrebbero trovare espressione. A ben vedere, infatti, l'esclusione del controllo auditivo “non implica di per sé che rappresentanti del personale di custodia non siano fisicamente presenti nei locali”³³⁰ e anzi è lo stesso art. 37 c. 4 reg. esec. a prevedere oggi la loro presenza onde assicurare che tutti possano esercitare il proprio diritto senza interferenze e disturbi, consentendo al contempo la sospensione del colloquio e l'eventuale esclusione dallo stesso delle persone che tengano un “comportamento scorretto e molesto”.

³²⁶ P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e alternative alla detenzione*, cit., p. 182 ss.

³²⁷ V. GREVI, *Introduzione* in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e alternative alla detenzione*, cit., p. 25; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., p. 165 secondo il quale il colloquio del detenuto può contare su una tutela persino maggiore rispetto a quella accordata in materia di corrispondenza; cfr. altresì, G. ZAPPA, *Colloqui e corrispondenza con particolare riferimento ai rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura*, in *Rass. penit. crimin.*, 1983, p. 750.

³²⁸ G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 126.

³²⁹ E. BERTOLOTTI, *Commento all'art. 18*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 235.

³³⁰ G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. 126

Ma vi è di più, una soluzione interpretativa siffatta espone al rischio i “gravi disparità di trattamento”³³¹ se è vero che, malgrado la formulazione testuale dell’articolo lasci pensare a un ampio raggio d’azione dell’istituto, i colloqui risultano nei fatti fruibili quasi automaticamente solo quando si svolgono con congiunti e conviventi³³². Simili circostanze hanno perciò suggerito a una parte della dottrina di ritenere esclusa, allo stato, la previsione delle c.d. “visite coniugali” ritenendo, in particolare, che la permanenza di un controllo visivo *in loco* induca ad escludere la “possibilità di ricorrere a incontri per cui è indispensabile un clima di maggiore intimità”; ciò quanto meno ove non si voglia accogliere una soluzione interpretativa che per favorire la praticabilità dei rapporti sessuali nel corso dei colloqui faccia leva sulla circostanza che la legge si limita a prevedere la *possibilità* del controllo a vista, ma non ne prescrive univocamente la continua *effettività*³³³, che potrebbe essere limitata ai soli casi in cui le esigenze di ordine e sicurezza appaiano più pressanti. Le difficoltà interpretative e fattuali evidenziate consentono allora di comprendere perché, nella prassi, il problema dei rapporti sessuali venga affrontato per lo più attraverso l’istituto dei permessi premio, concedibili “per coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro” (art. 30 ord. penit.)³³⁴.

Senonché l’istituto da ultimo richiamato oltre alle limitazioni oggettive o soggettive che lo contraddistinguono – concedibile a chi “abbia tenuto regolare condotta” e “non sia socialmente pericoloso” e alle condizioni indicate all’art. 30-ter c. 5 ord. penit. – non risolve il problema della libertà sessuale del detenuto all’interno del penitenziario³³⁵. A restituire la sensazione che quello all’affettività costituisca un vero e proprio diritto negato contribuisce anche una sommaria analisi del formante giurisprudenziale. La Corte di cassazione ha infatti affermato che “il vigente ordinamento penitenziario esclude, per i detenuti, la facoltà di rapporti sessuali, anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere”, facendo discendere da tale assunto la drastica conclusione secondo cui “tale esclusione è una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione e,

³³¹ E. BERNARDI, *Colloqui del detenuto fra costituzione italiana e convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. it.*, 1983, p. 349 la soluzione proposta “oltre a comportare notevoli forzature del dato testuale della legge e del regolamento” lascerebbe la decisione in merito all’opportunità del controllo “all’arbitrio dei singoli operatori pratici, con il rischio di gravi disparità di trattamento”.

³³² F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 805; nel senso di un’interpretazione non restrittiva dei termini “congiunti” (art. 18. c. 1 ord. penit.) e “familiari” (art. 18 c. 4 ord. penit.) S. CIRIGNOTTA, R. TURRINI VITA, *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 651 ss.

³³³ P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e l’ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e alternative alla detenzione*, cit., p. 183 il quale tuttavia sottolinea come la dignità della persona non sarebbe comunque pienamente assicurata dalla “distrazione” del personale di custodia.

³³⁴ Evidenzia tale profilo, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 53.

³³⁵ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 171.

pertanto, il nostro ordinamento giuridico non attribuisce al condannato in espiazione della pena inflittagli, il potere di contrastare, in tale suo stato, la detta limitazione opponendo un diritto civico della sua personalità privata, in contrapposizione alla privazione della libertà personale”³³⁶. Inutile dire quanto tale affermazione si discosti dall’impostazione fatta propria in questo lavoro, tesa a riconoscere al detenuto la titolarità di un nucleo di diritti incompressibili che debbono essere garantiti anche nel contesto dell’esecuzione carceraria della pena.

Nel contesto di diritto vivente che si è venuti sin qui descrivendo trovano spazio gli sforzi di recente messi in campo da parte della magistratura di sorveglianza per riparare ai limiti dell’attuale stato della legislazione penitenziaria, tradottisi nella "richiesta" alla Corte costituzionale di una pronuncia a carattere manipolatorio in grado di rimuovere i descritti ostacoli al godimento del diritto in questione³³⁷. Sul punto deve in particolare essere ricordata la *quaestio* sollevata dal Magistrato di sorveglianza di Firenze con riguardo alla legittimità costituzionale dell’art. 18 c. 2 ord. penit. “nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisce l’effettuazione, nel quadro pieno riconoscimento di rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il partner (legato con rapporto coniugale o con stabile rapporto di convivenza sul quale si è innestata o meno una situazione familiare)”³³⁸. Per quel che qui rileva è sufficiente notare come, nel complesso, l’ordinanza in esame ponga in luce il totale sacrificio del diritto alla affettività determinato dalla vigente disciplina dei colloqui e dalle sue implicazioni effettuali. La preminenza riconosciuta alle esigenze di ordine e sicurezza, in altre parole, finirebbe col fuoriuscire del tutto dalla logica del bilanciamento che, se giustifica la prevalenza di uno degli interessi in gioco, non può però mai trasmodare nella assoluta compressione del principio-diritto ad

³³⁶ Cass., sez. I, sent. 10 aprile 1992, n. 1553, in *CED Cass.*, rv. 191165; analogamente si veda di recente Cass., sez. I, sent. 26 novembre 2008, n. 48165. in *CED Cass.*, rv. 242437 secondo cui non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto a norma dell’art. 30 L. 26 luglio 1975 n. 354 (cosiddetto ordinamento penitenziario) la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge al fine di consumare il matrimonio celebrato in carcere. Si trattava di un caso in cui, all’evidenza, il detenuto non avrebbe potuto beneficiare del permesso premio ai sensi del successivo art. 30-ter, non avendone ancora maturato il diritto.

³³⁷ Cass., sez. I, ord. 9 aprile 1992. n. 1524 in *CED Cass.*, rv. 189995: “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 18, secondo comma, nonché dell’art. 30 "ter" della legge 26 luglio 1975 n. 354 (cosiddetto ordinamento penitenziario), nella parte in cui non prevedono la concessione di permessi premio da trascorrere in carcere, sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 27, 29, 31 e 32 Cost., in quanto deve escludersi la sussistenza della violazione di alcuna delle suddette norme costituzionali”. Si trattava di una fattispecie in cui il condannato aveva chiesto un incontro in condizioni di detenzione con la moglie, in alternativa ai cosiddetti permessi-premio.

³³⁸ Cfr. M. sorv. Firenze, 23 aprile 2012, in *ristretti.org*; i parametri di legittimità costituzionale erano costituiti in particolare dagli artt. 2, 3, 27, 29, 31 e 32 Cost. Sul punto vedi S. TALINI, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere*, in *forumcostituzionale.it*

esso contrapposto³³⁹. Il giudice rimettente chiedeva quindi di rimuovere la preclusione al diritto all'affettività rappresentata dalla previsione di un controllo visivo continuo sui colloqui.

È giocoforza notare come a fronte di una questione che – come è stato detto – spiccava per equilibrio e cultura dei diritti fondamentali³⁴⁰, i giudici costituzionali – complice anche qualche la carente motivazione in punto di rilevanza della questione nel giudizio *a quo* – abbiano preferito optare per una soluzione che non intacca l'irragionevole prevalenza delle esigenze di ordine e sicurezza sul diritto alla libertà sessuale della persona *in vinculis*. I giudici costituzionali hanno infatti emesso una pronuncia di inammissibilità³⁴¹ ritenendo che la richiesta formulata dal giudice rimettente risultasse eccedente e inidonea a raggiungere lo scopo di una tutela adeguata delle istanze affettive, anche attinenti alla sfera intima, dei soggetti detenuti. Per un verso la Corte ribadisce l'esistenza di esigenze di ordine e sicurezza quale ovvio fondamento del controllo visivo sui colloqui, ricavandone la conseguenza che l'asserita necessità costituzionale di rimuovere le preclusioni al godimento delle relazioni effettive non giustificherebbe comunque "la caduta di ogni forma di sorveglianza" sugli stessi. Per altro verso, però, il Giudice delle leggi osserva come neppure l'eventuale eliminazione del controllo a vista sui colloqui consentirebbe di praticare la sessualità in condizioni di riservatezza, essendo necessario precisare per via legislativa "termini e modalità" di esplicazione del diritto in esame; spetta cioè al legislatore "bilanciare il diritto evocato con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all'ordine e alla sicurezza nelle carceri e, *amplius*, all'ordine e alla sicurezza pubblica"³⁴².

Se è vero che, in assenza di opzioni interpretative a "rime obbligate", non può certo gravare sul giudice costituzionale il compito di bilanciare esigenze custodiali e diritti della personalità, è però altresì vero che il totale sacrificio del diritto in esame determinato dall'attuale assetto normativo avrebbe forse imposto alla Corte di cimentarsi con

³³⁹ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 81; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 101.

³⁴⁰ A. GABOARDI, in 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*, cit., p. 30.

³⁴¹ Corte cost., sent. n. 301 del 2012 in *Giur. cost.*, con nota di F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore* in *Giur. cost.*, 2012, p. 4726 ss.

³⁴² Corte cost., sent. n. 301 del 2012, cit., punto 3 del *considerato in diritto* che nell'escludere la possibilità di una pronuncia additiva di principio ha posto l'accento sulla varietà delle soluzioni al riguardo prospettabili, facendo riferimento "ai numerosi progetti di legge sinora presentati in materia e non coronati da successo, nonché le discipline concretamente adottate in altri Stati, alle quali si accenna nella stessa ordinanza di rimessione".

un'operazione ermeneutica in grado di offrire una lettura costituzionalmente orientata della disciplina penitenziaria vigente. Sotto questo profilo, pur senza accogliere la soluzione "radicale" proposta dal giudice rimettente (e consistente nella rimozione di qualsiasi controllo visivo sui colloqui) si sarebbe forse potuto sperimentare una "terza via" rappresentata dalla tutela *à droit constant* dei principi costituzionali evocati nel *petitum*. Un primo tentativo sarebbe potuto consistere in una rimodulazione dell'equilibrio tra valori sottostante all'art. 18 c. 2 ord. penit. – disposizione caratterizzata da "una irragionevole, assoluta rigidità della previsione inerente all'obbligo di sorveglianza continua a vista"³⁴³ – ritagliando un maggiore spazio di discrezionalità in favore dell'amministrazione. Si tratterebbe cioè di attribuire un più ampio margine di apprezzamento delle effettive esigenze di sicurezza e ordine e delle contestuali istanze di risocializzazione per modulare le modalità del controllo visivo in base all'effettivo grado di rischiosità nel caso concreto³⁴⁴. A consentire modalità di controllo non caratterizzate da rigoroso controllo a vista è d'altronde la stessa lettera dell'art. 18 c. 2 Cost. che – come detto – si limita a evocare la "possibilità" di una sorveglianza visiva.

Del resto, se è vero che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – e in particolare, gli artt. 8, par. 1, e 12 – prescrivano inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno del carcere anche tra coppie coniugate (Corte EDU, sentenze 4 dicembre 2007, Dickson contro Regno Unito, e 29 luglio 2003, Aliev contro Ucraina) è però altresì vero che – sempre restando sul piano del diritto sovranazionale – le regole penitenziarie europee ammettono, quale principio generale, che le restrizioni alla riservatezza nel corso delle visite possano essere adottate solo per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, a tutela della vittima dei reati ovvero per prevenire la commissione di reati, e comunque garantendo un "contatto minimo accettabile" (regola n. 24, comma 2) e – analogamente a quanto previsto in termini generali dall'art. 15 c. 1 ord. penit. – "il mantenimento e lo sviluppo di relazioni familiari il

³⁴³ F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, cit., p. 4726 "questo tasso di eccessivo rigore formale, di rigidità del sistema che sembra quindi contenere un elemento di illogicità, poiché sacrifica senza alternativa valori certamente meritevoli di considerazione - come ha riconosciuto la stessa Corte - quale la salvaguardia delle esigenze di natura affettiva, che presuppongono la libera espressione della sessualità, senza alcuna possibilità per l'autorità incaricata della gestione dei colloqui di dosare la somministrazione delle limitazioni nella misura strettamente necessaria alla, pur doverosa, tutela delle esigenze preventive".

³⁴⁴ F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci e ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, cit., p. 4726

più possibile normali”. In attesa di un sempre più impellente intervento legislativo³⁴⁵, per giungere all’esito auspicato si potrebbe forse provare a valorizzare il principio di proporzionalità dell’azione amministrativa – quale sembra emergere anche dalla normativa europea di *soft law* poc’anzi richiamata – ritenendo, per l’effetto, che l’amministrazione sia sempre vincolata a optare per l’intervento meno invasivo valutato alla luce dei criteri di idoneità, necessarietà e adeguatezza³⁴⁶.

7. *Il diritto ai rapporti con il mondo esterno: libertà di comunicazione e diritto di difesa.*

La ricostruzione da ultimo svolta consente di introdurre il tema dei fondamentali diritti di relazione e socialità che spettano alla persona *in vinculis*. Allo stato attuale della disciplina penitenziaria, la materia appare sostanzialmente riconducibile alle disposizioni di cui agli artt. 18 e ss. ord. penit. in tema di corrispondenza e colloqui, ove deve ricercarsi il punto di equilibrio stabilito dal legislatore tra libertà di comunicazione (art. 15 Cost.) e esigenze di ordine e sicurezza implicate dallo *status detentionis*³⁴⁷. È lo stesso art. 15 c. 2 Cost. a precisare che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione possono essere limitate soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria e “con le garanzie stabilite dalla legge”. Come vedremo, invero, la legge consente

³⁴⁵ Non può essere taciuto come sul punto siano stati presentati ormai numerosi disegni di legge di iniziativa parlamentare: d.d.l. Senato, 31 luglio 2014 n. 1587; d.d.l. Senato, 24 luglio 2012, n. 3420; p.d.l. Camera, 21 ottobre 2010, n. 3801; d.d.l. 28 aprile 2006, n. 63; p.d.l. Camera, 12 luglio 2020; p.d.l. Camera, 28 febbraio 1997, n. 3331; p.d.l. 13 giugno, n. 1503. Il d.d.l. Senato, 31 luglio 2014 n. 1587 presentato durante la legislatura in corso introduce un emendamento all’art. 28 ord. penit., prevedendo che “negli edifici penitenziari devono essere realizzati locali idonei a consentire ai detenuti e agli internati l’intrattenimento di relazioni personali e affettive”; a integrazione dell’attuale disciplina dei colloqui è inoltre attribuito ai detenuti e agli internati il diritto “a un incontro al mese di durata non inferiore alle tre ore consecutive con il proprio coniuge o convivente senza alcun controllo visivo”.

³⁴⁶ G. M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015, p. 33: “In siffatta prospettiva – e avvalendosi almeno in parte, di una consolidata “ricostruzione” teorica della struttura del principio *de quo* – è infatti possibile affermare che l’individuazione o la scelta della misura restrittiva o coercitiva, che determini un sacrificio degli interessi dei detenuti proporzionato rispetto al beneficio atteso in favore dell’interesse primario affidato in cura all’Amministrazione penitenziaria dalla norma attributiva del potere (e, di conseguenza, il sindacato giurisdizionale sull’uso proporzionato di tale potere), si fondano su di una verifica che si snoda lungo le fasi sequenziali dell’idoneità della necessarietà, dell’adeguatezza tecnica e della proporzionalità in senso stretto”.

³⁴⁷ Per talune considerazioni a carattere generale sui rapporti tra limitazione della libertà personale e diritti di cui all’art. 15 Cost. E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1414 ss.

all'amministrazione un certo margine di discrezionalità³⁴⁸ nel regolare le modalità di comunicazione del detenuto (colloqui, corrispondenza epistolare e telefonica) con l'esterno, avuto riguardo alle esigenze di ordine e sicurezza penitenziaria e pubblica, e i provvedimenti da questa assunti, senza superare i limiti posti alle sue funzioni, possono ritenersi sottratti al controllo giurisdizionale³⁴⁹. Tuttavia, qualora l'esercizio della discrezionalità amministrativa finisca per tradursi in una negazione del diritto di libertà spettante al detenuto, non può certo escludersi la possibilità per quest'ultimo di presentare reclamo al magistrato di sorveglianza ai sensi del "nuovo" art. 35-bis ord. penit., salva la previsioni di rimedi a carattere speciale come quello di cui all'art. 18-ter ord. penit.

La disciplina dei colloqui – dettata all'art. 18 ord. penit. e integrata dalle statuizioni del regolamento di esecuzione (art. 37 ss. reg. esec.) – va inquadrata nell'ambito delle disposizioni della legge penitenziaria ispirate al *favor* per i rapporti con il mondo esterno e con la famiglia, elevati a veri e propri elementi del trattamento dall'art. 15 ord. penit.; del resto, se è vero che l'istituzione carceraria risulta – al pari delle altre istituzioni totali – fisiologicamente caratterizzata per la sua chiusura³⁵⁰, è agevole comprendere come il suo grado di apertura verso l'esterno costituisca "l'elemento maggiormente indicativo dello sforzo di un determinato ordinamento penitenziario di perseguire l'obiettivo del reinserimento sociale del detenuto"³⁵¹. In linea con la previsione generale sancita dall'art. 28 ord. penit. secondo cui "particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti o degli internati con la famiglia", il compendio normativo in esame prevede che "particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari" (art. 18. c. 3 ord. penit.), termine, quest'ultimo, suscettibile di interpretazione estensiva, sino a ricomprendervi anche persone in rapporto di parentela solo naturale e giustificare la scelta – già compiuta dal regolamento del 1976 – di estendere le previsioni in parola anche alle "persone conviventi"³⁵². Per le persone diverse dai congiunti e dai conviventi, viceversa, i colloqui possono essere autorizzati soltanto "quando ricorrono ragionevoli motivi".

³⁴⁸ M. D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, p. 140 ss.

³⁴⁹ M. TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 980 ss.

³⁵⁰ E. GOFFMANN, *Asylums, Essays on the sociale situation of mental patients and other inmates*, New York, 1961, p. 12 ss.

³⁵¹ F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 805.

³⁵² M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 77; S. CIRIGNOTTA, R. TURRINI VITA, *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 651 ss. Così anche Circ. Ministero della giustizia, 8 luglio 1998, n. 3478.5928 per cui sarebbero estranee alla famiglia anche persone in quinto o sesto grado di parentela.

Del tutto lacunosa si rivelava, almeno in origine, la disciplina sotto il profilo dei colloqui con il difensore³⁵³. Se in relazione ai detenuti imputati in custodia cautelari la *vacatio* era stata colmata dall'art. 104 c.p.p. (secondo cui il l'imputato detenuto ha il diritto di conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione)³⁵⁴, rispetto ai condannati si è invece dovuta attendere una pronuncia additiva della Corte costituzionale – la n. 212 del 1997 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 c. 2 ord. penit. nella parte in cui ometteva di riconoscere al detenuto condannato il diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena³⁵⁵. A ben vedere, infatti, il diritto di difesa non può non comprendere il diritto – ad esso strumentale – di poter conferire con il difensore allo scopo di predisporre le difese e decidere le strategie difensive e, ancor prima, al fine di poter conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti. Il diritto di difesa deve quindi potersi esplicitare “in relazione a qualsiasi possibile procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato per la tutela delle posizioni garantite”³⁵⁶, anche in relazione alla necessaria previa conoscenza dei rimedi da esperire. Non può dunque revocarsi in dubbio il “diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena”, con conseguente esclusione di qualsiasi sindacato dell'autorità amministrativa sulle necessità e i motivi del colloquio³⁵⁷, residuando in capo a quest'ultima – al più – il potere di stabilire le direttive “in ordine alle modalità pratiche di svolgimento dei colloqui col difensore”³⁵⁸.

³⁵³ G. ZAPPA, *Colloqui e corrispondenza con particolare riferimento ai rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura*, cit., p. 752 ss; E. BERNARDI, *Colloqui del detenuto fra costituzione italiana e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 346: per i condannati in assenza di previsione specifica la dottrina maggioritaria aveva concluso nel senso dell'applicabilità dell'art. 18 ord. penit. e degli artt. 35 e 36 del regolamento del 1976 con conseguente riconducibilità del difensore agli interlocutori diversi da “familiari” e “congiunti”.

³⁵⁴ E. BERTOLOTTO, *Commento all'art. 18*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 239. Con riferimento alla disciplina

³⁵⁵ Corte cost., sent. n. 212 del 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 208 ss. con nota di F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da “graziosa concessione” a “diritto”*.

³⁵⁶ M. TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1997?*, cit., p. 950 ss.; vedi Cass. pen., sez. unite, 26 febbraio 2003, in *Cass. pen.*, 2003, 2961 ss

³⁵⁷ F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da “graziosa concessione” a “diritto”*, cit., p. 213; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 77

³⁵⁸ Nella giurisprudenza sovranazionale si è inoltre stabilito il principio secondo cui il legale continua ad avere un'importanza fondamentale anche nella fase esecutiva, prestando al proprio assistito una consulenza volta alla tutela dei suoi diritti. In questo senso del resto si è espressa pure la Corte EDU, evidenziando come la corrispondenza tra detenuto e difensore rivesta un ruolo e un'importanza tali da meritare un posto di rilievo anche all'interno della Convenzione (cfr. sent. 25 marzo 1992. *Campbell c. Regno Unito*). In argomento, per annotazioni critiche in merito a Trib. Sorv. Vercelli, 26 maggio 2005 relativa all'applicazione del divieto di controllo e sequestro sulla corrispondenza indirizzata al difensore ai sensi di cui all'art. 18-ter c. 2 ord. penit. anche ai condannati; cfr. L. RADICETTI, *Sulla corrispondenza della persona in vinculis*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1742.

Rilievo centrale nella disamina della disciplina penitenziaria in materia di colloqui rivestono le disposizioni che regolano l'assegnazione dei medesimi. L'autorizzazione al colloquio è infatti "concessa" ai detenuti imputati, in attesa della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria procedente³⁵⁹ – secondo le indicazioni risultanti dall'art. 11 ord. penit. integrato dall'art. 240 c. 1 c.p.p. –, mentre per tutti gli altri detenuti o internati tale competenza resta in capo all'amministrazione penitenziaria e, segnatamente, alla direzione dell'istituto³⁶⁰. Al riguardo non si può fare a meno di notare come – anche in ragione dell'indeterminatezza dei presupposti normativi che presiedono alla emanazione del provvedimento che autorizza o rigetta la richiesta di colloqui – l'autorità competente a rilasciare l'autorizzazione continui, ancor oggi, a godere di amplissimo potere discrezionale; margine di apprezzamento che pare accentuarsi nel caso di colloqui con persone diverse dai familiari, in relazione ai quali non è dato sapere in cosa consistano i "ragionevoli motivi" che debbono presiedere al rilascio dell'autorizzazione³⁶¹. A ben vedere, d'altronde, la stessa terminologia normativa impiegata, facendo leva sul concetto di "autorizzazione", sembrerebbe voler sottolineare "il potere dispositivo dell'amministrazione, con conseguente degradazione del diritto ad interesse legittimo". Si tratta d'altronde di un riflesso del già citato inserimento dei colloqui tra gli elementi del trattamento, cui corrispondeva – almeno nell'impostazione fatta propria dal legislatore della riforma – un più ampio margine di apprezzamento per l'amministrazione penitenziaria.

Tra i provvedimenti dell'amministrazione suscettibili di incidere sulla libertà del detenuto ai sensi dell'art. 15 Cost. debbono inoltre annoverarsi i controlli e la censura sulla corrispondenza. È a tutti noto come l'originaria regolamentazione data alla materia lasciasse ampia discrezionalità all'amministrazione: basti considerare al riguardo che "il visto poteva essere apposto non solo da parte dell'autorità giudiziaria, ma anche dal direttore dell'istituto e dal personale penitenziario da quest'ultimo designato"³⁶². Più in particolare, sebbene la previsione di cui all'art. 18 c. 7 ord. penit. si proponesse meritoriamente di circoscrivere possibili situazioni d'ingerenza, "prevedendo la possibilità

³⁵⁹ Cfr. art. 37 c. 2 reg. esec.: "Per i colloqui con gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, i richiedenti debbono presentare il permesso rilasciato dall'autorità che procede".

³⁶⁰ F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 806. Vedi l'art. 37 c. 1 reg. esec.

³⁶¹ E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 342; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., p. 165 che ne inferisce anche il possibile utilizzo a fini disciplinari. Sul punto è comunque intervenuta la circ. DAP, 8 luglio 200, 3478/5928 la quale dispone che l'individuazione dei ragionevoli motivi avvenga con la maggiore ampiezza possibile vengo riguardando ai legittimi interessi del detenuto in ordine alle relazioni affettive, di studio e di lavoro.

³⁶² F. FERRINI, *La corrispondenza dei detenuti: da interesse legittimo a diritto soggettivo*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2623 ss.

di sottoporre la corrispondenza di detenuti ed internati a visto di controllo solo previo provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria", il comma 9 dello stesso articolo svolgeva, *ex converso*, una funzione derogatoria, consentendo all'autorità giudiziaria competente la possibilità di delegare il direttore o un altro soggetto da questi designato³⁶³. Inoltre, "aspetto ancora più inaccettabile, il detenuto veniva a conoscenza dell'applicazione della misura restrittiva solo nell'ipotesi in cui il suo carteggio fosse stato altresì trattenuto"³⁶⁴ e non anche nel caso in cui, dopo aver effettuato l'ispezione sullo stesso, questo venisse comunque inoltrato al punto che "a volte, dietro un apparente provvedimento di verifica si celava un'imponente attività captativa di comunicazioni epistolari, la cui esecuzione non rispettava alcuna regola"³⁶⁵. Da ultimo, anche in relazione al provvedimento di sottoposizione a controllo, la dottrina³⁶⁶ e la giurisprudenza parevano concordare nell'attribuirvi natura amministrativa³⁶⁷, con la conseguenza di escludere specifici mezzi di gravame³⁶⁸ e l'ammissibilità del ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*³⁶⁹.

La soluzione offerta dal legislatore, oltre sollevare seri dubbi di legittimità costituzionale³⁷⁰, prestava il fianco a critiche sotto il profilo della conformità agli impegni assunti dallo Stato italiano con la CEDU. La Corte EDU, come meglio vedremo in seguito,

³⁶³ A. CICALA, *Limitazioni e controlli della corrispondenza del detenuto: la risposta alle condanne irrogate da Strasburgo*, in *Giur. merito*, 2009, p. 459 ss.

³⁶⁴ Del resto, l'art. 36 c. 6 del regolamento del 1976 stabiliva che l'amministrazione segnalasse all'autorità giudiziaria competente eventuali sospetti circa la presenza nella corrispondenza di contenuti che costituissero "elementi di reato o che possono determinare pericolo per l'ordine e la sicurezza".

³⁶⁵ A CICALA, *Limitazioni e controlli della corrispondenza del detenuto: la risposta alle condanne irrogate da Strasburgo*, in *Giur. merito*, 2009, p. 459 ss.

³⁶⁶ E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1349.

³⁶⁷ E ciò nonostante la connotazione soggettiva degli organi legittimati a disporlo, al provvedimento limitativo della corrispondenza, A. CICALA, *Limitazioni e controlli della corrispondenza del detenuto: la risposta alle condanne irrogate da Strasburgo*, cit., p. 459 ss.

³⁶⁸ Cass., sez. I, sent. 14 luglio 1994, n. 3558, in *CED Cass.*, rv. 199326: "Il provvedimento con il quale il magistrato di sorveglianza sottopone al visto di controllo del direttore del carcere o di altro appartenente all'Amministrazione penitenziaria la corrispondenza dei detenuti, ha un'indubbia rilevanza amministrativa che non incide, quando è correttamente motivato, sulla libertà personale del detenuto, con la conseguente ricorribilità a norma dell'art. 111 della Costituzione, inerendo, piuttosto a una modalità regolamentatrice del regime carcerario". Cass. 22 maggio 1987, Rapisarda, in *Giur. it.*, 1988, p. 113; Cass., sez. I, 5 dicembre 1991, Vallanzasca, in *Cass. pen.*, 1993, p. 434; Cass., sez. I, 14 luglio 1994, Ilacqua, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 499; Cass., sez. I, 20 dicembre 1994, Padovani, in *Giust. pen.*, 1995, p. 664.

³⁶⁹ E. BERLOTTO, *Commento all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 263. Tale circostanza portava parte della dottrina a ritenere sussistente un mero interesse legittimo, suggerendo l'impugnativa del provvedimento restrittivo di fronte al giudice amministrativo; cfr. G. ZAPPA, *Censura alla corrispondenza dei detenuti profili di incostituzionalità*, in *Rass. penit. crimin.*, 1987, p. 524; ID., *Colloqui e corrispondenza con particolare riferimento ai rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura*, cit., p. 757 ss.; come soluzione di compromesso a fronte del vuoto legislativo quanto ai mezzi di impugnazione del provvedimento di diniego del colloquio, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 88.

³⁷⁰ G. ZAPPA, *Censura alla corrispondenza dei detenuti profili di incostituzionalità*, cit., p. 524; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 89.

aveva in effetti a più riprese stigmatizzato la regolamentazione data alla materia dal legislatore italiano, ritenendola in contrasto con gli artt. 8 e 13 CEDU. Più in particolare, la Corte, decidendo taluni ricorsi presentati contro l'Italia da detenuti ai quali era stata censurata la "corrispondenza con i rispettivi difensori e quella rivolta ad organismi internazionali", aveva ritenuto che le violazioni riscontrate dipendessero da una disciplina della materia caratterizzata, per un verso, dall'eccessiva discrezionalità lasciata alle autorità pubbliche e per altro verso, dalla mancata previsione di adeguati rimedi interni idonei a consentire un ricorso effettivo innanzi a un'istanza nazionale³⁷¹. Un simile "stato di cose" aveva altresì indotto la giurisprudenza di merito a investire la Corte costituzionale quanto alla legittimità della disciplina dei limiti alla corrispondenza epistolare, lamentando l'ingerenza di "poteri estranei rispetto a quello giudiziario, con riferimento alle dinamiche trattamentali ed alle limitazioni imposte all'amministrazione penitenziaria nell'emanazione di provvedimenti sulle modalità esecutive"³⁷²; in particolare il Tribunale di sorveglianza di Napoli aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 c. 7 ord. penit. – rispetto agli artt. 3, 15 e 24 Cost. – nella parte in cui non prevedeva limiti al potere di incidere il diritto alla tutela e segretezza della corrispondenza e la possibilità per il detenuto cui sia stato imposto il visto di censura di tutelare il proprio diritto nell'ambito di un procedimento giurisdizionale.

Ai principali difetti del compendio normativo sin qui illustrato – tanto sotto il profilo della discrezionalità rimessa all'amministrazione penitenziaria, quanto sotto quello della carenza dei mezzi di impugnazione del provvedimento di visto e controllo – ha cercato di rimediare la legge 8 aprile 2004, n. 95 che ha introdotto l'art. 18-ter ord. penit. Con tale intervento normativo, il legislatore ha inteso dare attuazione alle condanne pronunciate dalla Corte EDU³⁷³, anche al fine di scongiurare una ormai imminente pronuncia di

³⁷¹ Corte EDU., 15 novembre 1996, *Diana c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 162; e, più recentemente, Corte EDU, 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1569. In particolare la Corte lo aveva ritenuto che lo aveva ritenuto strumento di aperte violazioni dell'art. 8 CEDU., poiché "conferisce alle autorità una discrezionalità troppo ampia, limitandosi a specificare solo le categorie di persone la cui corrispondenza può essere controllata nonché il giudice competente ad adottare il relativo provvedimento, senza però alcuna previsione in ordine alla durata della misura o alle ragioni che possono giustificarla [...] la legge in esame non indica con ragionevole chiarezza la portata e le modalità d'esercizio della rilevante discrezionalità attribuita alle pubbliche autorità", tanto che il detenuto non avrebbe potuto avvalersi "di quel grado minimo di tutela richiesto dalla preminenza del diritto in una società democratica"; in relazione a tali pronunce vedi E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 753. In argomento si veda C. MINNELLA, *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto*, in *Rass. penit. crimin.*, 2002, p. 137 ss.; E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali*, cit., p. 1418 ss.

³⁷² A. CICALA, *Limitazioni e controlli della corrispondenza del detenuto: la risposta alle condanne irrogate da Strasburgo*, cit., p. 459 ss.

³⁷³ L. FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1201 ss. e in particolare p. 1202; F. FIORENTIN, *Varata una disciplina organica delle verifiche: così l'Italia si allinea alla*

illegittimità costituzionale³⁷⁴. A un primo sguardo, la novellata disciplina in tema di comunicazioni epistolari pare determinare un rafforzamento della posizione soggettiva del detenuto in relazione alla corrispondenza, al punto che sembra potersi parlare “di un vero e proprio diritto soggettivo del detenuto”³⁷⁵. In tale prospettiva, infatti, il nuovo art. 18-ter delimita significativamente la discrezionalità riconosciuta alla amministrazione indicando, in modo certamente più tassativo rispetto agli abrogati cc. 7 e 8 dell’art. 18 ord. penit., i presupposti applicativi e i tipi di controllo applicabili alla corrispondenza. Si è in tale modo pervenuti a un più soddisfacente bilanciamento tra libertà di comunicazione (art. 15 Cost.) e gli interessi ad essa contrapposti e vario titolo implicati dallo *status detentionis*. La riforma del 2004 pare inoltre aver almeno parzialmente ridotto lo scarto tra previsione legislativa e dettato costituzionale, assegnando all’autorità giudiziaria il compito di adottare con decreto motivato i provvedimenti che incidono sul diritto alla corrispondenza.

Quanto ai presupposti è sufficiente notare come il legislatore si sia limitato a prevedere che le misure restrittive possano essere adottate qualora sussistano “esigenze attinenti” alle materie elencate all’art. 18-ter c. 1 ord. penit. Queste ultime in particolare vengono individuate: *a*) nelle esigenze di indagine o investigative e di prevenzione ovvero *b*) in ragioni di sicurezza o ordine dell’istituto. Tralasciando per ora il giudizio in merito al sufficiente grado di determinatezza dei presupposti applicativi dei provvedimenti (ritenuto da taluni oltremodo generico e comunque insufficiente ad adempiere al precetto di tassatività imposto dalla giurisprudenza EDU³⁷⁶), va qui osservato come sotto, il profilo probatorio, i provvedimenti che incidono sull’esercizio del diritto alla corrispondenza non possano essere basati sulla “ricorrenza del mero sospetto della sussistenza dei presupposti normativi indicati; ma dovranno essere fondati su elementi di valutazione concreti (sia pure anche di livello indiziario) tali da conferire un adeguato coefficiente di oggettività (nei termini di una ragionevole probabilità di sussistenza) alle esigenze e ragioni [proposte] dalla Direzione dell’istituto di pena ai fini del vaglio dell’autorità giudiziaria competente

Corte di Strasburgo, in *Guida dir.*, 2004, 17, p. 20 ss.; A. PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 752 ss.

³⁷⁴ E. BERTOLOTTI, *Commento all’art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 264 che fa riferimento alla citata censura di illegittimità promossa dal Tribunale di sorveglianza di Napoli; in relazione alla quale la Corte cost. ord. 13 aprile 2004, ha disposto la restituzione degli atti al giudice rimettente proprio alla luce della nuova disciplina di cui alla legge n. 95 del 2004.

³⁷⁵ L. FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 1203; A. PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 759.

³⁷⁶ E. BERTOLOTTI, *Commento all’art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 264 L. FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 1203; sul punto vedi anche E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, cit., p. 753.

per la decisione in ordine all'adozione dei controlli stessi³⁷⁷. Sulla scorta di attenta dottrina e seguendo un percorso interpretativo tracciato dalla stessa giurisprudenza convenzionale si deve infine ritenere che, nella scelta relativa all'adozione della misura, il potere dell'autorità giudiziaria dovrebbe essere esercitato nel rispetto del principio di proporzionalità, omettendone l'applicazione della misura restrittiva qualora "gli stessi risultati possano essere conseguiti facendo ricorso a strumenti meno invasivi"³⁷⁸.

Con specifico riferimento ai provvedimenti limitativi applicabili, il compendio normativo si arricchisce di un'elencazione tipologica che, se non soddisfa sempre i requisiti di determinatezza richiesti quale argine all'eccessiva discrezionalità dell'amministrazione³⁷⁹, costituisce nondimeno un indubbio progresso rispetto alla disciplina previgente, sottraendo alla fonte regolamentare la descrizione delle tipologie di controllo e diversificando gli strumenti a disposizione per consentirne un più agevole adattamento alle esigenze del caso concreto. Con maggior precisione, i tipi accertamento prefigurati dalla novella legislativa in esame consistono in: *a)* limitazioni alla corrispondenza epistolare e telegrafica; *b)* sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; *c)* controllo del contenuto sulle buste che racchiudono la corrispondenza, pur senza lettura della medesima. A completare il disegno di riforma messo in atto dal legislatore si aggiunge da ultimo l'attribuzione in via esclusiva³⁸⁰ all'autorità giudiziaria (il magistrato di sorveglianza ovvero il giudice per le indagini preliminari, nel caso di detenuti in attesa della sentenza di primo grado) del potere di adottare i provvedimenti di adozione e controllo della corrispondenza, suscitando non pochi dubbi in merito alla attuale vigenza dell'art. 38 c. 6 reg. esec. che ancora attribuisce al direttore il potere di trattenere in via provvisoria la corrispondenza ove sussista il sospetto che questa contenga "elementi di reato" o suscettibili di generare un pericolo per "l'ordine e la sicurezza"³⁸¹. Meno

³⁷⁷ E. FELICI, *Alcune considerazioni sulla pretesa effettiva inviolabilità del diritto alla corrispondenza dei detenuti*, in *Giur. merito*, 2005, p. 2430 ss.; L. FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 1203; A. PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 759 il quale sottolinea il mancato riferimento al mero sospetto da parte dell'art. 38 reg. esec.

³⁷⁸ A. PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 759; nello stesso senso F. FIORENTIN, *Varata una disciplina organica delle verifiche: così l'Italia si allinea alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 23.

³⁷⁹ Si veda in particolare il generico riferimento alle "limitazioni alla corrispondenza epistolare e telegrafica" di cui si è suggerita la classificazione quale vera e propria "valvola di sfogo" con la quale conferire legittimità a misure atipiche che potrebbero rispondere alle esigenze del singolo caso concreto; cfr. A. PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 762.

³⁸⁰ E. BERTOLOTTI, *Commento all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 271.

³⁸¹ Malgrado la previsione di un obbligo di "immediata segnalazione" all'autorità giudiziaria, il potere di trattenimento amministrativo è stato ritenuto implicitamente abrogato o comunque suscettibile di

comprensibile è la scelta di limitare ai soli detenuti imputati il divieto sulla corrispondenza difensiva di cui all'art. 18-ter c. 2 ord. penit., determinando così una esiziale del compressione diritto difesa nell'ambito della fase esecutiva³⁸².

La legge 8 aprile 2004, n. 95 reca infine l'esplicita previsione della reclamabilità del provvedimento restrittivo della corrispondenza, colmando così il vuoto di tutela giurisdizionale messo a nudo dalle già richiamate condanne della Corte EDU che censuravano la mancata previsione nell'art. 18 ord. penit. di mezzi di tutela giurisdizionale idonei a rimuovere eventuali lesioni del diritto in questione³⁸³. Contro i provvedimenti dell'autorità giudiziaria che dispongono controlli sulla corrispondenza ovvero che ne prevedono il trattenimento (art. 18-ter c. 5) è infatti oggi ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza secondo la procedura prevista dall'art. 14-ter ord. penit in tema di regime di sorveglianza speciale³⁸⁴. Accanto all'interessato, può proporre reclamo, in forza del rinvio operato all'art. 666 c.p.p., anche il difensore dello stesso mentre a ben vedere il modulo processuale delineato dall'art. 14-ter – che prevede una procedura giurisdizionale semplificata rispetto a quella dell'art. 666 e 678 c.p.p. – non contempla la presenza dell'interessato e dell'amministrazione all'udienza, determinando così un *vulnus* sotto il profilo della tutela di un contraddittorio effettivo³⁸⁵. Come vedremo peraltro, l'attuale e

disapplicazione, ai sensi all'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E). Si è inoltre posta in evidenza la contrarietà di tale disposizione con l'art. 15 Cost. che non prevede poteri provvisori cautelari dell'autorità amministrativa, suscettibili di successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria; cfr. A. PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 777 che ne rileva anche un contrasto con l'art. 8 CEDU che richiede una predeterminazione per legge dei casi e dei modi che giustificano gli interventi censori, poiché il mero presupposto del "sospetto" si rivelerebbe oltremodo generico.

³⁸² Sul punto cfr. Trib. Sorv. Vercelli, 26 maggio 2005, cit., una delle motivazioni della direzione del penitenziario per il trattenimento della corrispondenza consisteva nella inapplicabilità al condannato degli artt. 103, comma 6, c.p.p. e 35, disp. att., c.p.p. in quanto riferibili esclusivamente agli imputati. Peraltro nel senso dell'applicabilità anche ai condannati F. FIORENTIN, *Varata una disciplina organica delle verifiche: così l'Italia si allinea alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 213 nota 20.

³⁸³ Sul punto vedi E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 749 ss. e in particolare p. 753.

³⁸⁴ Art. 14-ter ord. penit.: "1. Avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare può essere proposto dall'interessato reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento. 2. Il tribunale di sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo. 3. Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero. L'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono presentare memorie. 4. Per quanto non diversamente disposto si applicano le disposizioni del Capo secondo-bis del Titolo secondo". È opportuno evidenziare, comunque, come in tempi relativamente recenti la Corte EDU abbia ritenuto violato l'art. 8 CEDU dal momento che il ricorso contro la decisione giudiziaria di sottoporre a limitazioni la corrispondenza può essere presentato solo di fronte allo stesso giudice che ha adottato la misure restrittiva; cfr. Corte EDU, sent. 24 gennaio 2008, *Di Giacomo c. Italia*.

³⁸⁵ A. CICALA, *Limitazioni e controlli della corrispondenza del detenuto: la risposta alle condanne irrogate da Strasburgo*, cit., p. 459 ss.; M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1280 ss. secondo cui l'art. 14-ter ord. penit. mirava a costituire il modulo procedurale da seguire in sede di controllo di provvedimenti emessi *inaudita altera parte*. Peraltro la ben nota pronuncia Corte cost., sent. n. 26 del 1999 i giudici costituzionali stigmatizzando avevano affermato la titolarità di

riformata disciplina dei rimedi giurisdizionali introdotta con d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 mette a disposizione dei detenuti che lamentino violazioni “gravi” ed “attuali” dei propri diritti, un modulo processuale certamente più attento alle esigenze di contraddittorio e al diritto di difesa, quasi interamente ricalcato sullo schema procedimento di sorveglianza³⁸⁶.

In conclusione, deve constatarsi come, sotto numerosi profili, la disciplina dei colloqui e della corrispondenza continui a caratterizzarsi per una insufficiente tutela della libertà di comunicazione, rivelando significative discrasie tanto rispetto al dettato costituzionale quanto al diritto sovranazionale dei diritti umani. Per quanto in particolare attiene al bilanciamento tra i diritti di libertà tutelati dall’art. 15 Cost. e le contrapposte esigenze di ordine e sicurezza, è opportuno circoscrivere ulteriormente l’analisi alle garanzie della riserva di legge e giurisdizione – stabilite per disposto costituzionale al fine di impedire un totale sacrificio della posizione giuridica dell’individuo. Con riferimento ai colloqui, in particolare, possono avanzarsi riserve in merito alla conformità della disciplina penitenziaria con il principio della riserva di legge di cui all’art. 15: non solo, infatti, la legge di ordinamento penitenziario rinvia al regolamento per l’individuazione delle restrizioni al diritto di comunicare, in rapporto alla frequenza e al numero di colloqui, ma omette altresì di pronunciarsi in merito ai criteri da seguire per dare l’autorizzazione. Si delinea così un netto contrasto tra le disposizioni in esame e l’art. 15 c. 2 Cost., il quale prescrive che sia la sola legge a disciplinare in modo diretto le limitazioni alla libertà di comunicazione³⁸⁷, “con possibilità per le fonti subordinate di dettare soltanto disposizioni di dettaglio”³⁸⁸. Come se non bastasse, poi, la genericità dei presupposti per l’ammissione ai colloqui di persone diverse dai “congiunti” (i “ragionevoli motivi” di cui all’art. 37 c. 1), finisce per frustrare l’obbligo – imposto dall’art. 15 Cost. – di stabilire in modo sufficientemente determinato le fattispecie restrittive del diritto *de quo*³⁸⁹.

diritti inviolabili in capo alle persone detenute si accompagna alla correlativa attribuzione di un potere di farli valere di fronte a un giudice in un procedimento avente cadenze autenticamente giurisdizionali, secondo un’impostazione che valorizza i requisiti procedurali minimi di contraddittorio, stabilità della decisione giudiziaria, e impugnabilità di questa con ricorso per cassazione; cfr. da ultimo G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e “nuova” giurisdizionalità*, in R. DAL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, p. 139.

³⁸⁶ G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e “nuova” giurisdizionalità*, in R. DAL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., p. 143 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 131 ss.

³⁸⁷ E. CHELI, P. BARILE, voce *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, 1962, p. 752

³⁸⁸ E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 1983, p. 340; L. STORTONI, *Libertà e diritti dei detenuti nel nuovo ordinamento penitenziario*, F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., p. 43: “la legge non detta alcuna prescrizione volta a garantire la frequenza, la durata, ecc. delle visite lasciando così carta bianca al regolamento di estendere o ridurre drasticamente questo fondamentale aspetto del diritto alla famiglia del detenuto”.

³⁸⁹ E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 341 la quale osserva come l’espressione con le garanzie stabilite dalla legge di cui art. 15 c.

Il provvedimento di diniego dell'istanza di colloquio, inoltre, risulta adottato al di fuori di qualsiasi garanzia giurisdizionale, se è vero che l'"ammissione" all'interlocuzione orale con il mondo esterno costituisce ancora oggi prerogativa esclusiva dell'amministrazione penitenziaria³⁹⁰. E d'altronde, quand'anche si preferisse interpretare in termini relativi la riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 c. 2 Cost. – ritenendola soddisfatta in presenza di un semplice intervento dell'autorità giurisdizionale in chiave di convalida – anche in tal caso la disciplina dei colloqui apparirebbe viziata di incostituzionalità, non essendo previsti provvedimenti giurisdizionale idonei a ratificare *a posteriori* la legittimità della misura restrittiva adottata. Il grado di compressione subito dalla libertà di comunicazione è tale da aver suscitato – come già visto – plurimi interrogativi in merito alla stessa configurabilità di un diritto soggettivo ai colloqui in capo al detenuto. Perplessità a lungo alimentate anche dal linguaggio impiegato dal legislatore, recalcitrante a impiegare il termine "diritto" e, anzi, piuttosto univoco nel trattare il diritto ai colloqui alla stregua di "graziosa concessione" ("i detenuti e gli internati sono *ammessi*", "particolare favore è *accordato*")³⁹¹. Ne è scaturita un'impostazione dottrinale che, facendo leva sulla necessità di un provvedimento autorizzatorio al colloquio, propende per classificare la relativa posizione soggettiva quale mero "interesse legittimo"³⁹² con conseguenti ricadute sul piano della tutela giurisdizionale in caso di eventuale illegittimità del provvedimento. Proprio questo aspetto consente di mettere in luce un ulteriore difetto della disciplina penitenziaria in tema di colloqui, cioè l'assenza di mezzi di impugnazione esplicitamente tipizzati dal legislatore³⁹³, stigmatizzata – come vedremo dalla Corte

2 Cost. richiederebbe invece che anzitutto i casi e i modi di limitazione della libertà di comunicazione siano predeterminati per legge; in secondo luogo la legge dovrebbe disciplinare la sindacabilità dei provvedimenti restrittivi, in analogia a quanto esplicitamente stabilito dagli artt. 13 e 14 Cost. [...] in altri termini, il principio di riserva di legge implicherebbe altresì il rispetto del principio di legalità inteso, come esigenza di sufficiente determinatezza della fattispecie limitativa". In questo senso con riferimento al principio di legalità penale di cui all'art. 25 c. Cost., ma con il medesimo esito applicativo cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 233; nello stesso senso, F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 279 ss.; cfr. anche E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali*, cit., p. 1429 anche con riferimento alla necessaria predeterminazione legislativa delle ingerenze alla libertà di corrispondenza alla stregua dell'art. 8 CEDU.

³⁹⁰ E. BERLOLOTTO, *Commento all'art. 18*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 230.

³⁹¹ L. STORTONI, *Libertà e diritti dei detenuti nel nuovo ordinamento penitenziario*, F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., p. 43

³⁹² E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 337; G. NESPOLI, *Status detentivo e difesa degli interessi legittimi*, cit., c. 323.

³⁹³ E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 342: "non è neppure previsto alcun mezzo di gravame nei confronti del provvedimento di diniego di colloquio e la Corte di cassazione, dal canto suo, non ha ritenuto tale provvedimento ricorribile ai sensi dell'art. 111 Cost. quale decisione sulla libertà personale"; V. GREVI, *Introduzione* in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti*, cit., p. 25; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 86.

costituzionale nella sentenza n. 26 del 1999 – e oggi solo parzialmente sanata dall'introduzione del già citato art. 35-bis ord. penit.

Un bilancio poco meno negativo può tracciarsi per la disciplina della corrispondenza, profondamente innovata dalle legge 8 aprile 2004, n. 95. Se infatti, sul versante della legalità, le modifiche introdotte hanno innegabilmente rafforzato la posizione soggettiva del detenuto³⁹⁴, indicando con maggior precisione i presupposti e i tipi di controllo applicabili alla corrispondenza epistolare, l'equilibrio raggiunto non può però dirsi del tutto appagante. Come non si è mancato di evidenziare, infatti, la regolamentazione contenuta all'art. 18-ter ord. penit. appare ancora oltremodo “generica”³⁹⁵ e contrassegnata da persistenti rinvii al regolamento di esecuzione, alimentando nuove perplessità circa la conformità delle disposizione in parola con la riserva di legge assoluta di cui all'art. 15 c. 2 Cost.³⁹⁶ Per un verso, infatti, la generalità dei precetti legislativi rischia di determinare una “riespansione” della discrezionalità amministrativa per quanto attiene, in particolare, alla durata massima del periodo durante il quale la corrispondenza può essere sottoposta a controllo³⁹⁷. Per altro verso l'ampiezza della categoria di controlli tipizzata all'art. 18-ter c.1 ord. penit. sembra potere essere impiegata in modo tendenzialmente libero, prestandosi a ricomprendere e a “legalizzare” il ricorso a qualsiasi misura atipica in concreto necessaria a rispondere alle esigenze di cui all'art. 18-ter c.1 ord. penit.³⁹⁸ Da ultimo, continua a suscitare perplessità la previsione – *ex art. 38 c. 6 reg. esec.* – di un potere di trattenimento della corrispondenza in capo all'amministrazione: si tratta infatti di una previsione che, oltre a derogare ai precetti enucleati dalla legge quanto ai presupposti della misura restrittiva³⁹⁹, conferisce ampia discrezionalità alla direzione dell'istituto,

³⁹⁴ E. BERLOTTO, *Commento all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 266.

³⁹⁵ L. RADICETTI, *Sulla corrispondenza della persona in vinculis*, cit., p. 1742: “Ciò considerato, è evidente che l'attuale disciplina sulla corrispondenza, non definendo tassativamente i limiti di intervento dell'autorità amministrativa, non garantisce la piena tutela dei diritti e delle libertà dei soggetti che sono detenuti, soprattutto del loro diritto alla riservatezza nel rapporto con il difensore”.

³⁹⁶ F. FIORENTIN, *Garanzie e controlli sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Giust. pen.*, 2004, p. 212; E. BERLOTTO, *Commento all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 266

³⁹⁷ F. FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 1202 il quale evidenzia come il provvedimento – valido inizialmente sei mesi – possa essere prorogato *sine die*.

³⁹⁸ A. PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 762; E. BERLOTTO, *Commento all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 266.

³⁹⁹ L. RADICETTI, *Sulla corrispondenza della persona in vinculis*, cit., p. 1742; F. FIORENTIN, *Garanzie e controlli sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 217. Come rilevato già in passato, infatti, non si può negare che anche nell'attuale assetto normativo il regolamento di esecuzione contenga “qualcosa di più” di semplici disposizioni di esecuzione e dettaglio, come sarebbe imposto in materia coperta da riserva di legge assoluta, cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, cit., p. 279; L. STORTONI, *Libertà e diritti dei detenuti nel nuovo ordinamento penitenziario*, F. BRICOLA, (a cura di), *Il carcere riformato*, cit., p. 43 ss.

circoscrivendo di riflesso l'intervento dell'autorità giudiziaria a una mera convalida *ex post*⁴⁰⁰, con inevitabili conseguenze sul piano della riserva di giurisdizionalità.

8. *Il diritto alla rieducazione del condannato tra pari dignità sociale e prevenzione speciale.*

Come si è anticipato, la dignità della persona umana può essere collocata in una dimensione diversa da quella esclusivamente soggettiva. Il contenuto valoriale della dignità si proietta infatti non soltanto sull'essere umano in quanto tale, ma investe altresì la persona nella sua vita di relazione e nei rapporti con la società in cui vive. Anche nello specifico contesto della nostra Carta costituzionale del resto (art. 3 c. 1 Cost.), infatti, la dignità (sociale) si presta ad essere risemantizzata come “valore relazionale” che riguarda la concreta collocazione dell'individuo all'interno del “tessuto sociale”⁴⁰¹. Si è infatti condivisibilmente affermato che per la nostra Costituzione la dignità sarebbe da intendersi, in prospettiva dinamica, come l'esito di una prestazione e, segnatamente, del particolare “atteggiamento da tenere nel contesto di tutte le relazioni a cui i singoli prendano concretamente parte”⁴⁰². Tale idea impone allo Stato non soltanto di attivarsi per garantire a ciascuno il perseguimento dei propri obiettivi senza l'intralcio delle concrete situazioni della vita in cui versa (“il pieno sviluppo della persona umana”, art. 3 c. 2 Cost.)⁴⁰³, ma anche di assicurare da parte di tutti l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà sociale⁴⁰⁴. In altre parole, non può esservi un diritto al rispetto della dignità senza un correlativo dovere di solidarietà nei confronti degli altri consociati⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ F. FIORENTIN, *Garanzie e controlli sulla corrispondenza dei detenuti*, cit., p. 217; E. BERLOLOTTO, *Commento all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 266.

⁴⁰¹ S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 188 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 202; M. R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., p. 85 “Mentre, infatti, l'uguaglianza di stampo ottocentesco ha come suo 'naturale' referente una nozione astratta e atomistica di individuo, la pari dignità sociale ha un'intrinseca - quasi lessicale - connotazione sostanziale e relazionale”.

⁴⁰² M. R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., p. 85; F. BELVISI, *La dignità umana una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 2012, p. 161 ss. e in particolare p. 171: “essa configura un vero e proprio onore ed onere”.

⁴⁰³ S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 188; P. BECCHI, *La dignità umana nel Grundgesetz e nella Costituzione italiana*, cit., p. 37.

⁴⁰⁴ F. BELVISI, *La dignità umana una ridefinizione in senso giuridico*: “La persona non è l'individuo singolo, ma un soggetto inserito in una rete di relazioni sociali di cui è responsabile insieme agli altri soggetti interessati. Perciò, la persona è coinvolta in una solidarietà esistenziale, “amoralmente” dovuta al prossimo in quanto altro soggetto della relazione, e pretesa dalla Costituzione come dovere inderogabile”.

⁴⁰⁵ Alla radice di tale concezione di solidarietà vi è la tesi di N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen soziologie*, Berlin, 1974, p. 60-63 e 68-69 per cui la dignità è una “prestazione” cioè il

Se tale concezione della dignità trova esplicito riconoscimento in Costituzione all'art. 3 Cost. quale principio fondamentale, è però nell'ambito della disciplina costituzionale dei "rapporti economici" che essa si riveste più precipuamente di contenuti giuridici positivi. Cionondimeno, nella sua accezione di dato pre- o meta-giuridico la dignità come valore relazionale, presenta specificazioni regolative o di principio che vanno ben oltre il solo novero dei diritti economico-sociali. È infatti alla luce della concezione solidaristico-relazionale del valore-dignità che deve leggersi, a nostro avviso, parte della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di finalismo rieducativo della pena. Per chiarire tale affermazione è tuttavia necessario fare un passo indietro e schematicamente illustrare i complessi rapporti che intercorrono tra dignità e prevenzione speciale positiva. In una prima prospettiva, infatti, la funzione rieducativa della pena si presenta quale specifica concretizzazione del valore-dignità nella sua più pura accezione personalistica: in questo senso deve leggersi l'affermazione, ad opera della Corte costituzionale, del nesso che lega la funzione rieducativa della pena al principio di colpevolezza⁴⁰⁶. Il finalismo rieducativo della pena confermerebbe infatti "la necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa" quale principale contenuto precettivo dell'art. 27 c. 1 Cost, mettendo al bando le residue ipotesi di responsabilità oggettiva previste dal legislatore penale.

L'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di "consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza" si fonda dunque su una piena valorizzazione della finalità rieducativa e sul divieto di strumentalizzazione della persona umana di cui tale principio è espressione. È la stessa Corte, infatti, a chiarire come "una responsabilità penale per fatti non riconducibili [...]

risultato di un complesso processo di costruzione e autorappresentazione di una coerente personalità, mediante il quale il soggetto si costituisce come affidabile partner nella comunicazione sociale.

⁴⁰⁶ Corte cost., sent. n. 364 del 1988 punto 11 del *considerato in diritto*: "Collegando il primo al terzo comma dell'art. 27 Cost. agevolmente si scorge che, comunque s'intenda la funzione rieducativa di quest'ultima, essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la 'rieducazione' di chi, non essendo almeno 'in colpa' (rispetto al fatto) non ha, certo, 'bisogno' di essere 'rieducato'. Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili (oltre a quanto si dirà in tema d'ignoranza inevitabile della legge penale) alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento". Già in una precedente pronuncia, comunque, la Corte aveva indirettamente segnalato l'esistenza di un collegamento tra colpevolezza e rieducazione; e difatti nel dichiarare infondati i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 121 del testo unico in materia di circolazione stradale del 1959, i giudici di Palazzo della Consulta avevano chiarito che "l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti contribuisce a rendere quanto più possibile personale la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'articolo 27, primo comma, della Costituzione, e allo stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile finalizzata, nelle prospettive dell'articolo 27, terzo comma"; cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 1980 in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 1980, p. 448.

alla colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento” potrebbe ammettersi soltanto aderendo a una concezione della pena fondata, in modo esclusivo, sulla prevenzione generale negativa; circostanza quest'ultima non soltanto esclusa esplicitamente dal disposto costituzionale, ma resa altresì inaccettabile in ragione del contrasto con il contenuto personalistico della dignità, indirettamente richiamato dalla Corte attraverso il ribadito divieto di strumentalizzare la persona umana a fini di pura deterrenza⁴⁰⁷. Tale nesso tra rieducazione e dignità umana appare in linea con la valorizzazione della difesa dell'“identità e dell'autodeterminazione individuali” quali motivi ispiratori dello stesso sistema penale⁴⁰⁸; obiettivi che, insieme alla funzione rieducativa accompagnano, la pena sin da quando nasce, nell'astratta predeterminazione legislativa, fino al momento in cui concretamente si estingue, innervando l'esecuzione della pena e la stessa fase commisurativa.

In una diversa prospettiva, può scorgersi una non meno stretta compenetrazione tra il finalismo rieducativo della pena e la dignità nella sua dimensione relazionale. Un simile legame appare ben esplicitato negli stessi *dicta* dell'organo di giustizia costituzionale il quale pronunciandosi in merito alla legittimità costituzionale dell'interpretazione data ai presupposti per concedere la liberazione condizionale, ha avuto modo di chiarire che “anche qualora si volesse attribuire al concetto di ‘rieducazione’, evocato dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, un contenuto ‘minimale’ e puramente ‘negativo’ — limitandolo al solo rispetto della ‘legalità esteriore’ e, cioè, all'acquisizione dell'attitudine a vivere senza commettere (nuovi) reati — resta il fatto che una prognosi sicuramente favorevole su tale versante non può prescindere dalla valutazione di comportamenti che rivelino la acquisita consapevolezza, da parte del reo, dei valori fondamentali della vita sociale”⁴⁰⁹. Valori tra i quali “deve evidentemente annoverarsi – e in posizione prioritaria –

⁴⁰⁷ Corte cost., sent. n. 364 del 1988, punto 8 del *considerato in diritto*: “Per precisare ancor meglio l'indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su “congrui” elementi subiettivi”. Sull'implicito richiamo al principio personalistico e alla dignità umana, si veda P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., p. 341. In termini più chiari in merito al nesso che avvince il principio di colpevolezza al principio personalistico di cui all'art. 2 Cost. si veda Corte cost., sent. n. 322 del 2007, punto 2.3 del *considerato in diritto*: “Punire in difetto di colpevolezza, al fine di “dissuadere” i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale “negativa”) o di “neutralizzare” il reo (prevenzione speciale “negativa”), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale (sentenza n. 364 del 1988), contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost”.

⁴⁰⁸ G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, cit., p. 244; H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, p. 79.

⁴⁰⁹ Corte cost., sent. 138 del 2001, cit, punto 2 del *considerato in diritto*.

la solidarietà sociale, la quale richiede l'adempimento di doveri che l'art. 2 della Costituzione definisce inderogabile". In questa prospettiva, dunque, l'obiettivo della rieducazione potrà dirsi assolto laddove l'esecuzione penitenziaria sia riuscita a fare riacquisire al condannato la "capacità di vivere nella società nel rispetto della legge penale"⁴¹⁰.

La risocializzazione a cui l'esecuzione della pena detentiva deve tendere, in altre parole, equivale alla *restitutio in integrum* della dignità sociale da ripristinarsi orientando gli atteggiamenti affettivi e sociali del detenuto verso la riscoperta dell'altrui dignità sociale⁴¹¹. L'"evoluzione della personalità verso modelli socialmente validi, del ravvedimento improntato alla revisione delle motivazioni che avevano indotto il condannato a perseguire scelte criminali ed, infine, del progressivo abbandono dei disvalori sui quali tali scelte si fondavano"⁴¹² trova un sintomo inequivocabile nel riconoscimento della dignità degli altri consociati, vera e propria epitome dei doveri inderogabili di solidarietà sociale su cui si fonda la convivenza civile. Ben si comprende dunque come, nella prospettiva appena illustrata, la finalità rieducativa della pena costituisca concreta positivizzazione del valore-dignità nella sua dimensione relazionale. D'altro canto l'offerta rieducativa che l'amministrazione è chiamata, per mandato costituzionale, a offrire al condannato si atteggia a vero e proprio diritto al trattamento, con conseguente illegittimità di automatismi e preclusioni che ostacolano l'accesso al percorso rieducativo. Da ultimo, se il valore-dignità nei rapporti tra cittadini si presta ad essere letto come riconoscimento di un principio di uguaglianza sostanziale l'offerta rieducativa non può che costituire parte di quel programma costituzionale che impone ai pubblici poteri di attivarsi per garantire lo sviluppo della personalità del singolo.

Come non si è mancato di osservare, infatti, la detenzione si pone quale "archetipo, sineddoche", di tutti i *vincula* di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana⁴¹³;

⁴¹⁰ E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 473 secondo il quale è proprio "il riconoscimento costituzionale della pari dignità sociale di tutti i cittadini" a imporre "limiti rigorosi in prospettiva garantista allo stesso principio di rieducazione"; nella prospettiva del trattamento penitenziario si veda G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, in V. GREVI, *Diritti dei detenuti e alternative alla detenzione*, cit., p. 115: alla nuova concezione del trattamento sarebbe estranea "una etiologia criminale di natura specifica e manca, di conseguenza, la pretesa di riaggiustare la personalità del delinquente per trasformarla in quella ideale di un individuo normale".

⁴¹¹ G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 191: "l'art. 2 della Costituzione è il termometro della dignità, la cui *restitutio in integrum*, anche nella coazione del carcere, è garantita dalla rieducazione. Il sintomo più evidente di tale processo è il riconoscimento, da parte del detenuto, dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale: cioè, il riconoscimento dell'altrui dignità".

⁴¹² Corte cost., sent. 352 del 1991, in *Cass. pen.*, 1992, p. 897

⁴¹³ G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, cit., p. 244.

vincola che la Costituzione impone alla Repubblica di rimuovere, come icasticamente sintetizzato dal regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario secondo il quale il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati deve essere diretto "a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale". Siffatto teleologismo pone, perciò, la funzione rieducativa della pena in linea con una concezione della dignità umana che, distanziandosi dalle tradizionali cadenze della formula dell'oggetto, finisce per identificarsi con la più ampia idea di "vita meritevole di dignità umana", cioè un'esistenza dotata di una serie di capacità umane irrinunciabili intese come "ciò che le persone sono effettivamente in grado di fare e di essere"⁴¹⁴. Di qui l'auspicio per un intervento dei pubblici poteri che concretamente agevoli e asseconi le capacità umane di ciascuno, in una prospettiva in cui "acquista progressivamente rilievo l'idea di uguaglianza sostanziale, oltre che dei correlati e variegati diritti sociali più precisamente delineati in Costituzione"⁴¹⁵.

È dunque nella prospettiva sin qui tracciata che può leggersi l'obbligo – riconosciuto dalla Corte costituzionale – in capo al legislatore di "tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle"⁴¹⁶ e ciò anche a dispetto delle "ben note carenze strutturali e finanziarie"⁴¹⁷ che possono ostacolare l'esecuzione della pena sotto il profilo organizzativo e operativo. D'altronde è la stessa Corte nella pronuncia dianzi richiamata a metter in

⁴¹⁴ Per una concezione della dignità umana centrato sulle capacità umane come "minimo sociale irrinunciabile", cfr. M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, 2002, p. 57 ss.; in una prospettiva assimilabile a quella dell'autrice citata si veda S. BENHABIB, *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*, Cambridge, 2011, *passim*.

⁴¹⁵ P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., p. 341.

⁴¹⁶ Corte cost., sent. 204 del 1974, cit., punto 2 del *considerato in diritto*: "L'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato. Per esso, infatti, il condannato che abbia, durante il tempo della esecuzione, 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, può essere posto in libertà prima del termine previsto dalla sentenza definitiva di condanna, previa imposizione, da parte del giudice di sorveglianza, incaricato dell'esecuzione del provvedimento, di prescrizioni idonee ad evitare la commissione di nuovi reati (artt. 228, secondo comma, e 230, primo comma, n. 2, del codice penale). Con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle".

⁴¹⁷ Corte cost., sent. 343 del 1987, punto 6 del *considerato in diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1155 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 ord. penit. nella parte in cui - in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova - non consente al Tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espriare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova.

chiaro come, in corrispondenza al succitato obbligo per lo Stato, il detenuto possa vantare un diritto a che, sussistendo le condizioni previste dalla legge penale, “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; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale”⁴¹⁸. I giudici costituzionali dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 43 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602 che attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere con decreto la liberazione condizionale, hanno così riconosciuto il diritto fondamentale del detenuto a un percorso di reinserimento sociale perseguito, nel caso di specie, attraverso l’istituto di cui all’art. 176 c.p. qualificato come “un peculiare aspetto del trattamento penale”.

Tale diritto fondamentale non può che risultare irragionevolmente compresso, come già anticipato, laddove il legislatore, sulla scorta di orientamenti di politica criminale che privilegiano la prevenzione generale o prevenzione speciale negativa, limiti irragionevolmente l’accesso alle misure alternative e con esso la possibilità di individualizzazione del trattamento sanzionatorio. È il caso delle previsioni che introducono previsioni assolute di pericolosità sociale del condannato fondate – nella più parte dei casi – sul titolo di reato ovvero su circostanze inerenti la persona del colpevole. In questo senso, pur dichiarando legittima la scelta del legislatore privilegiare – pur entro i limiti della ragionevolezza – l’una o all’altra finalità della pena, la Corte costituzionale ha avuto occasione di chiarire come la funzione rieducativa della pena non possa mai risultare del tutto pretermessa ed ha perciò dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 15 c. 2 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (che ha introdotto l’art. 4-bis ord. penit.) nella parte in cui prevedeva la revoca delle misure alternative alla detenzione per i condannati dei delitti di criminalità organizzata a stampo mafioso che non collaborano con la giustizia a norma dell’art.58-ter ord. penit., anche quando non sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali dei medesimi con la criminalità organizzata⁴¹⁹.

Non vi è dubbio, infatti, che la persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata possa costituire un indice di pericolosità sociale tale da ragionevolmente autorizzare la revoca della misura alternativa, trattandosi pur sempre di un comportamento addebitabile al condannato e comunque in grado di testimoniare un’effettiva carenza del processo di risocializzazione. Viceversa, la mancata collaborazione con la giustizia non si presta ad essere riguardata quale indicatore di insufficiente reinserimento sociale, ben

⁴¹⁸ Corte cost., sent. 204 del 1974, cit., punto 2 del *considerato in diritto*.

⁴¹⁹ Corte cost., sent. n. 306 del 1993 in *Cass. pen.*, 1994, p. 861.

potendo costituire “il frutto di incolpevole impossibilità di prestarla”. Ostacolare l’accesso al trattamento risocializzativo, per sua natura individualizzato, sulla sola base del titolo di reato e in assenza di un accertamento sulla persistenza di collegamenti con l’organizzazione di appartenenza, finirebbe dunque per tradursi in un irragionevole regolamentazione della materia oltre che in una significativa compressione del diritto alla rieducazione. Ad analoghe conclusioni la Corte è approdata anche in altre pronunce relative all’art. 4-bis ord. penit.⁴²⁰ e più recentemente in merito a taluni limiti alla personalizzazione del trattamento penitenziario introdotti dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251⁴²¹ che ha inciso sulla fase esecutiva con la previsione di un divieto di sospensione dell’esecuzione della pena nei confronti dei recidivi reiterati (art. 656 c. 9 lett. c) c.p.p.) e del divieto di concessione di permessi premio⁴²² e di misure alternative, per più di una volta, a beneficio dei recidivi di cui all’art. 99 c. 4 c.p.⁴²³.

Tali ultime previsioni, in particolare, sono state oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale, ad opera della sentenza n. 79 del 2007⁴²⁴, nella parte in cui non prevedevano che i benefici da esse indicati potessero essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che prima della entrata in vigore della citata legge avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti. Non solo dunque i giudici costituzionali ritengono irragionevole una limitazione del diritto alla

⁴²⁰ La Corte ha stigmatizzato, in particolare, l’irragionevolezza della configurazione normativa di “tipi d’autore”, in rapporto ai quali gli interventi rieducativi non sarebbero possibili o potrebbero non essere perseguiti. Tale principio è stato affermato con riferimento all’istituto dei permessi premio (Corte cost., sentenza n. 504 del 1995) e quindi in relazione alla semilibertà (Corte cost., sentenza n. 445 del 1997). Si veda altresì Corte cost., sent. 137 del 1999 con tale sentenza, infatti, venne dichiarata la illegittimità costituzionale dell’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevedeva che il beneficio del permesso premio potesse essere concesso nei confronti dei condannati che, prima dell’entrata in vigore dell’art. 15, comma 1, del già citato d.l. n. 306 del 1992 – introduttivo del nuovo e più rigoroso testo dell’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario in tema di misure alternative, permessi premio e lavoro all’esterno per i condannati di reati (*lato sensu*) di criminalità organizzata – avessero realizzato le condizioni per usufruire del beneficio richiesto, e per i quali non fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

⁴²¹ In merito ai rapporti tra le preclusioni introdotte da tale novella legislativa in esame e il principio rieducativo, cfr. in senso fortemente critico E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neo-retributive*, in *Rass. penit. crimin.*, 2005, p. 70 ss.

⁴²² Art. 58-quater c. 1 ord. penit.: “L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio, l’affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall’art. 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato per uno dei delitti previsti nel comma 1 dell’art. 4 bis, che abbia posto in essere una condotta punibile a norma dell’art. 385 del codice penale (evasione)”.

⁴²³ Art. 58-quater c. 7-bis ord. penit.: “L’affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall’articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall’articolo 99, quarto comma, del codice penale”.

⁴²⁴ Cort cost., sent. 79 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 745 e in *Cass. pen.*, 2007, p. 3576 con nota di F. FIORENTIN, *Legge "ex-cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena.*

rieducazione fondata esclusivamente sul tipo d'autore⁴²⁵ senza alcun riguardo all'evoluzione della personalità successiva al delitto stigmatizzante, ma riconoscono altresì la ragionevole aspettativa del condannato, che abbia aderito positivamente al trattamento rieducativo, di vedersi riconosciuti tangibilmente i progressi attraverso l'ammissione a forme di trattamento extramurarie. Pur senza prendere posizione in merito alla questione della retroattività/irretroattività delle norme che disciplinano le condizioni per l'accesso ai benefici penitenziari⁴²⁶, la Corte chiarisce che ove si determini un'interruzione del percorso rieducativo del tutto indipendente dalla condotta del condannato, "l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo [...] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti"⁴²⁷.

In sintesi, dunque, la rimozione degli automatismi per titolo di reato o tipologia di autore corrisponde a un diritto a veder riesaminato il proprio *iter* rieducativo, percorso di cui le misure alternative costituiscono "il punto di emergenza" in quanto "tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale il trattamento punta". Sarebbe però sbagliato ritenere la pretesa alla rieducazione, quale precipitato dei principi di uguaglianza e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, limitata alla sola fase esecutiva; del resto, come affermato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 313 del 1990, la finalità rieducativa costituisce una delle "qualità essenziali 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". Ne consegue che "il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. 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", giacché "se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della

⁴²⁵ In questo senso vedi anche Cort. cost., sent. 78 del 2007 in *Giur. cost.*, 2007, p. 745 secondo cui la radicale esclusione dalle misure alternative di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario irregolare – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati finisce per ledere il diritto al percorso rieducativo.

⁴²⁶ Il tema pare essere una vera "bestia nera" per la Consulta che, già in passato investita della questione (v. C. cost., sentenza n. 273 del 2001, relativa ad una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, d.l. n. 152 del 1991, convertito, con modificazioni, nella legge n. 203 del 1991, e dell'art. 4-bis, comma 1, della legge sull'ordinamento penitenziario, come modificato dall'art. 15, comma 1, del d.l. n. 306 del 1992, convertito, con modificazioni, nella legge n. 356 del 1992), sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Sassari con ordinanza 15 giugno 2000 in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., aveva omesso di prendere posizione sulla questione; ed anche con i più recenti arresti (v. C. cost., sentenza n. 257 del 2006) ha dichiarato la relativa questione "assorbita" dalle altre sottoposte al vaglio di costituzionalità.

⁴²⁷ Così già Corte cost., sent. n. 445 del 1997 in *Cass. pen.*, 1998, p. 1310; Cort. cost., sent. n. 257 del 2006 in *Giur. cost.*, 2006, p. 2713 per cui è costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 27 c. 3 Cost., l'art. 30 quater ord. penit., introdotto con l'art. 7 l. 5 dicembre 2005 n. 251, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della disciplina previgente nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto.

sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto”. Tale ultimo approdo giurisprudenziale segna il definitivo coinvolgimento del finalismo rieducativo oltre il solo piano della fase esecutiva e la sua giustapposizione alle diverse finalità che, nella sua dimensione polifunzionale, la pena può essere chiamata ad assolvere.

Nulla osta perciò a che il legislatore nell’esercizio della sua discrezionalità attribuisca, di volta in volta, un ruolo preponderante ad una o all’altra tra le finalità astrattamente perseguibili dalla sanzione penale. Ciò che la Corte sembra esplicitamente richiedere è che tale esercizio si svolga all’esito di una ragionevole ponderazione dei valori coinvolti e, comunque, senza mai obliterare il diritto del condannato al reinserimento sociale. Del resto, se è ricorrente l’affermazione secondo cui non è possibile stabilire una “statica, assoluta gerarchia” tra le finalità della pena, è però altresì vero che il finalismo rieducativo conserva una posizione del tutto predominante in sede di esecuzione della pena detentiva, al punto che se “per nessuna ragione può esser superata la durata dell’afflittività insita nella pena detentiva determinata con la sentenza di condanna [...] a sua volta la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell’ipotesi che l’esame della personalità del reo ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua ‘futura’ vita nella società, impongano, prima o durante l’esecuzione (s’intende, purché siano presenti tutte le altre condizioni stabilite dalla legge) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l’esecuzione stessa”. Nella prospettiva della Corte la tendenza alla rieducazione si traduce dunque nel diritto del detenuto a un percorso di recupero dei valori di convivenza civile quale adempimento necessario e preliminare al doveroso rispetto degli obblighi di solidarietà sociale.

9. *Legalità e giurisdizionalità dell’esecuzione penitenziaria: i problemi ancora aperti.*

L’analisi svolta in questo capitolo ha dunque evidenziato come il modello costituzionale dell’esecuzione penitenziaria si radichi nel riconoscimento di tutte quelle posizioni soggettive inviolabili che la pena non intacca e di cui la persona detenuta resta titolare in quanto cittadino. Come si è visto, anzi, il valore della dignità umana trova piena concretizzazione soltanto laddove la privazione della libertà personale, a seguito della sentenza di condanna, si accompagna all’attribuzione e alla tutela di ulteriori situazioni giuridiche, che spettano al detenuto proprio in virtù del suo *status*. Alla funzione

rieducativa della pena deve infatti legarsi, da un lato, il diritto del condannato a usufruire di un programma di trattamento individualizzato e, dall'altro, la pretesa ad accedere, sussistendone le condizioni, alle misure rieducative o alle misure premiali comunque ascrivibili all'opera rieducativa⁴²⁸. Più in generale, nel corso della trattazione si è cercato di mettere in luce come il contemperamento tra i diritti del detenuto e i contrapposti interessi variamente implicati dallo stato di detenzione finisca per incidere sulle possibilità di esercizio dei primi, giungendo talora a comprimerne considerevolmente il raggio d'azione. È tuttavia opportuno, a questo punto, tornare sull'affermazione secondo cui chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà "ne conserva sempre un residuo". Come già si è avuto occasione di ricordare, infatti, la libertà del soggetto di disporre della propria persona costituisce il presupposto logico e valoriale che presiede all'esercizio delle varie situazioni soggettive riconosciute al detenuto.

Di conseguenza, la garanzia dell'inviolabilità della libertà personale opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione comporta. Deve cioè ritenersi che qualora vengano imposte al detenuto restrizioni supplementari tali da accrescere il grado di compressione della libertà personale queste siano assistite dalle garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) di cui all'art. 13 c. 2 Cost.⁴²⁹ Tali presidi avrebbero la funzione di escludere, in particolare, che l'amministrazione penitenziaria, non limitandosi ad adottare misure incidenti sulle sole modalità di esecuzione della pena, possa adottare provvedimenti suscettibili di ridurre la libertà del detenuto⁴³⁰. Si è visto tuttavia come il criterio individuato dalla Corte finisca per rivelarsi in concreto inafferrabile, facendo sbiadire la linea di demarcazione tra elementi del trattamento e misure che incidono sul residuo di libertà del detenuto. Ciò dipende, per

⁴²⁸ G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 c. 3 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, cit., p. 222 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 8. *Contra* F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 712 ss. e in particolare p. 737 secondo il quale nel nostro ordinamento costituzionale non potrebbe parlarsi di generale diritto alla risocializzazione.

⁴²⁹ "Da ciò consegue che l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, 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"; cfr. Corte cost., sent. n. 349 del 1993, cit.

⁴³⁰ La Corte costituzionale ha del resto chiarito che se non è consentito, attraverso i provvedimenti ministeriali di cui all'art. 41-bis c. 2 ord. penit. "adottare misure qualificabili come restrittive della libertà personale del detenuto (perché attinenti alla qualità e quantità della pena o alla misura della sua residua libertà personale), dunque già potenzialmente ricomprese nel quantum di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione, per ciò stesso non vengono in considerazione né la riserva di legge né la riserva di giurisdizione stabilite dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione. Onde deve ribadirsi, sotto questo profilo, l'infondatezza, nei sensi ora precisati, della censura riproposta in questa sede"; cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996, cit., punto 4 del *considerato in diritto*.

un verso, dalla difficoltà di stabilire in che cosa consista una restrizione della libertà personale del detenuto e, per altro verso, dalla assenza di definizioni appaganti del termine "trattamento". Tali ambiguità paiono ben esemplificate dal già citato caso delle perquisizioni, ritenute – malgrado la loro estrema invasività – comprese nel *quantum* di privazione della libertà personale inflitto con la condanna e, per l'effetto, sottratte al rispetto della riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 c. 2 Cost.

Dalla sfuggente distinzione in parola finisce così per dipendere l'operatività e, financo, la stessa valenza descrittiva dei principi di legalità e giurisdizionalità applicati alla fase dell'esecuzione penale. Quanto al primo dei due principi, è sufficiente notare come l'evasione della legalità delle misure del trattamento non comporti soltanto il mancato rispetto della riserva di legge ma anche degli altri corollari che la dottrina annette alla predeterminazione legale delle fattispecie limitative della libertà personale. Si allude segnatamente al principio di determinatezza, che l'art. 13 c. 2 Cost. esplicitamente costituzionalizza richiedendo che ogni limitazione della libertà personale – sia essa una misura cautelare o una vera e propria pena – possa essere applicata soltanto quale conseguenza di "un fatto storico concreto corrispondente all'ipotesi prevista dalla legge, cioè alla fattispecie astratta"⁴³¹. E se è vero che il giudizio sulla personalità del reo, in cui si manifesta l'impegno costituzionale alla risocializzazione, impone di attribuire grande flessibilità alla fase esecutiva anche per quanto attiene alle restrizioni di libertà a cui è sottoposto il reo, non è meno vero che proprio siffatta caratteristica rende ancor più stringente l'esigenza di rispettare le garanzie di legalità, quanto meno sotto il profilo dei criteri cui l'amministrazione deve attenersi.

Una simile conclusione è imposta non solo dall'art. 13 c. 2 Cost., ma financo dallo stesso art. 25 c. 2 Cost., ove si ritenga che il principio di legalità non riguardi soltanto la pena in senso "statico" ma debba altresì estendersi alla sua dimensione "dinamica" rappresentata dalla fase esecutiva. Sotto questo profilo sembra quindi del tutto deprecabile la proliferazione – al di fuori od oltre le previsioni della legge – di moduli esecutivi differenziati che, derogando ampiamente alle ordinarie regole del trattamento, definiscono il contenuto ontologico della detenzione in modo più restrittivo rispetto al normale regime di esecuzione⁴³². A ben vedere, del resto, la flessibilità e la diversificazione delle modalità

⁴³¹ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 48.

⁴³² All'esigenza di diversificazione del regime esecutivo – giustificata da ragioni di reinserimento sociale ovvero di neutralizzazione – il legislatore ha risposto a fasi alterne mediante la differenziazione degli istituti (o delle sezioni interne ad esso) e del diverso trattamento ivi attuato ovvero mediante il ricorso a strumenti di differenziazione del regime esecutivo all'interno dello stesso istituto consistenti in provvedimenti individualizzati. Alla prima tendenza corrispondeva la creazione delle c.d. carceri di massima sicurezza

esecutive della pena non pare in questi casi rispondere a esigenze trattamentali quanto, piuttosto, a istanze di neutralizzazione imposte dall'ingresso nel circuito penitenziario di detenuti socialmente pericolosi. Si tratta inoltre di fattispecie ove il rispetto dei corollari del principio di legalità sembra imporsi in modo ancor più stringente, trattandosi di istituti che determinano, per lo più, una modificazione in senso peggiorativo del regime di esecuzione, derogando al principio di parità di trattamento e a quello del "contenimento della afflittività della pena detentiva entro gli stretti limiti segnati dalle sue funzioni"⁴³³. In questa prospettiva, particolarmente criticabile pare la carente determinatezza dei presupposti che legittimano l'adozione del regime di sorveglianza speciale di cui all'art. 14-ter ord. penit., un modello esecutivo differenziato e ritagliato sulle caratteristiche personologiche e la pericolosità del singolo detenuto⁴³⁴. Si tratta, come ben è stato sottolineato, di un regime che non dovrebbe possedere caratteristiche punitive, ma solo preventive e cautelari, limitandosi ad assicurare il mantenimento dell'ordine e della sicurezza in carcere (il che spiega, tra l'altro, l'applicabilità dello stesso anche agli imputati)⁴³⁵.

Già all'indomani della riforma legislativa che ne ha previsto l'introduzione (legge 10 ottobre 1986. n. 663), tuttavia, la dottrina più attenta non ha mancato di porre in evidenza come i presupposti del regime di sorveglianza particolare risultino affetti da un alto coefficiente di indeterminatezza. La carenza di precisione della disposizione citata discende, infatti, per un verso dalla completa assenza di indicazioni descrittive (si veda il riferimento ai comportamenti che "compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine degli istituti" art- 14-ter c. 1 lett. a) ord. penit.) e per altro verso dal riferimento a fenomeni che si sottraggono a un rigoroso accertamento empirico e obiettivo (si veda il riferimento alle condotte di chi si avvale "dello stato di soggezione di altri detenuti", art. 14-ter c. 1

previste da talune circolari ministeriali a partire dagli anni settante e fondate sull'incerta base legislativa dell'art. 90 ord. penit abrogato con legge n. 663 del 1986. Alla seconda tendenza corrisponde invece l'art. 14-bis (e in misura minore l'art. 41-bis ord. penit.) che introduce per l'appunto un regime esecutivo individualizzato in ragione delle caratteristiche personologiche e della pericolosità del condannato. In argomento si vedano, in un'ampia letteratura, i contributi di cfr. T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari in V GREVI, Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 285; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 144; A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p.749 ss.

⁴³³ F. PALAZZO, *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 102 il quale conseguentemente nota come in simili casi "l'istanza legalitaria [...] si pone naturalmente più intensa".

⁴³⁴ A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria*, Milano, 1991, p. 143; F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 812.

⁴³⁵ 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*, cit, p. 157 ss.

lett. c) ord. penit.)⁴³⁶. Inoltre, malgrado l'ingresso di limiti alla previsione di contenuti oltremodo limitativi dei diritti del detenuto realizzata con l'aggiunta dell'art. 14-quater c. 4 ord. penit. (che esclude dai possibili contenuti del provvedimento restrittivo taluni diritti fondamentali il cui soddisfacimento corrisponde ad esigenze primarie della persona⁴³⁷) consenta un indiscutibile recupero di determinatezza della fattispecie restrittiva⁴³⁸, il margine discrezionale riconosciuto all'amministrazione pare ancora estremamente ampio, specie in forza dell'ampia previsione di cui all'art. 14-bis c. 5 ord. penit. in base al quale il regime di sorveglianza può applicarsi sin dall'ingresso in istituto in considerazione di "precedenti comportamenti penitenziari" ovvero "di altri comportamenti [...] nello stato di libertà". Come è stato autorevolmente segnalato, la disposizione in parola sembra caratterizzarsi per "una vera e propria caduta verticale di determinatezza"⁴³⁹, che rischia di rivelarsi tanto più grave ove si consideri che tra i possibili contenuti del provvedimento restrittivo – ai sensi dell'art. 14-quater ord. penit. – può annoverarsi anche l'isolamento continuo⁴⁴⁰.

Con specifico riferimento alle modifiche *in malam partem* del regime esecutivo, la garanzia legalitaria di cui agli artt. 13 c. 2 e 25 Cost. pare altresì frustrata dalla carente determinatezza dei presupposti che consentono al Ministero della giustizia di sospendere, con proprio decreto, l'applicazione delle regole di trattamento nei confronti dei detenuti o internati "per uno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis" qualora vi siano "elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva". Ai sensi dell'art. 41-bis c. 2 ord. penit., l'adozione del provvedimento restrittivo è infatti consentita ove sussistano "gravi motivi di

⁴³⁶ F. PALAZZO, *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, cit., p. 106 ss. secondo il quale il riferimento alla condotta di chi comprometta la sicurezza dentro l'istituto si presta a interpretazioni così ampie da ricomprendere comportamenti che si limitino a determinare situazioni di pericolo per la sicurezza interna ed esterna quali potrebbero essere ad esempio atteggiamenti minatori tenuti all'interno ovvero rapporti personali epistolari o colloqui che siano sintomi di un proposito di evasione.

⁴³⁷ 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*, cit., p. 171,

⁴³⁸ Dall'ambito applicativo del provvedimento sono esclusi 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 ord. penit.; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli.

⁴³⁹ F. PALAZZO, *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, cit., p. 106 ss.; analogamente cfr. L. CESARIS, *In margine all'art. 14 bis comma 5 ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 155 ss.

⁴⁴⁰ Sul punto si veda L. CESARIS, *Commento all'art. 14-quater* in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 201 la quale correttamente evidenzia come l'articolo in parola prevedendo l'esclusione del detenuto dalle attività in comune rischi di aggirare i limiti posti dall'ordinamento penitenziario all'isolamento a fini disciplinari di cui all'art. 33 ord. penit. Sulla possibilità di escludere il detenuto dalle attività in comune ai sensi dell'art. 14-bis, cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, cit., p. 172.

ordine e di sicurezza pubblica", una formula quanto mai generica che permette di ampliare oltre misura il novero dei destinatari del regime esecutivo. Regime, a tal punto differenziato da determinare, nella fase esecutiva, l'applicazione di "una pena altra" rispetto a quella inflitta in condanna⁴⁴¹. Malgrado l'esangue descrizione dei presupposti applicativi del provvedimento e la più generale inosservanza dei corollari del principio di legalità, cui sembra aver solo in parte rimediato la legge 23 dicembre 2002, n. 279⁴⁴² è tuttavia doveroso registrare come la legge 15 luglio 2009, n. 94 abbia reso più stringenti i requisiti che consentono all'esecutivo di disporre una proroga del regime differenziato, richiedendo il positivo accertamento della circostanza che la persona mantenga collegamenti con l'associazione, tenuto conto di elementi quali: il profilo criminale e la posizione rivestita dal soggetto in seno all'organizzazione, il perdurare del sodalizio criminale, la sopravvenienza di nuove incriminazioni⁴⁴³.

Un sensibile progresso che pare tuttavia inficiato dal proliferare di differenziazioni interne allo stesso "41-bis": si allude in particolare all'assegnazione di taluni detenuti a circuiti speciali quali il recentemente ristrutturato circuito di "alta sicurezza" ovvero la c.d. "area riservata". Quanto al primo modello, articolato in tre sotto-circuiti integralmente disciplinati per mezzo di circolari del DAP (Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria)⁴⁴⁴, esso si propone, mediante la collocazione dei detenuti in "dedicate sezioni differenti, che prevedono impossibilità di comunicazione", di impedire che la

⁴⁴¹ M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, cit., p. 268.

⁴⁴² Che ha ridisegnato il volto del regime ex art. 41-bis ord. penit., riconducendolo entro argini si costituzionalità individuati dalla Corte costituzionale, e in particolare per quel che qui rileva ha offerto un'elencazione dettagliata delle restrizioni applicabili con il provvedimento ministeriale (cfr. art. 41-bis c. 2-quater ord. penit.); senonché la tipizzazione in parola pare in larga misura erosa dalla possibilità per l'amministrazione di adottare non meglio precisate "misure di elevata sicurezza interna ed esterna con riguardo alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazioni con altri detenuti e internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate" (cfr. art. art. 41-bis c. 2-quater lett. a), vera e propria "delega in bianco" all'amministrazione che come è stato osservato finisce per rendere più apparente che reale la tipizzazione delle previsioni contenute nella legge; cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis c. 2 o.p.*, in 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*, cit., p. 122.

⁴⁴³ Dal punto di vista probatorio restano validi gli arresti della giurisprudenza costituzionale in base ai quali "ogni provvedimento di proroga deve [...] contenere una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire [e nel contempo] un'adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità di te-nere contatti con le organizzazioni criminali [di guisa che] in sede di controllo giurisdizionale spetterà al giudice verificare in concreto – anche alla luce delle circostanze eventualmente allegare dal detenuto – se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale"; Corte cost., sent. n. 417 del 2004 in *Cass. pen.*, 2005, p. 1558.

⁴⁴⁴ Per un'attenta ricostruzione dei circuiti differenziati e delle problematiche da essi suscitate si veda A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 749 ss

detenzione indifferenziata nel medesimo istituto di detenuti comuni e di soggetti appartenenti a organizzazioni criminali possa determinare fenomeni quali il reclutamento criminale ovvero la strumentalizzazione ai fini del turbamento della sicurezza interna⁴⁴⁵; ciò si traduce, in particolare, nell'assegnazione dei reclusi più pericolosi a particolari sezioni in cui vige un regime di particolare rigore, con notevoli ripercussioni sulla vita quotidiana e la possibile limitazione dei diritti del detenuto⁴⁴⁶. Quanto al secondo dei due modelli sopra indicati, trattasi di "repartini", creati per decisione delle direzioni dei singoli istituti, ove vengono collocati detenuti eccellenti in forza di un'interpretazione estensiva dell'art. 32 c. 1 reg. exec. il quale prevede l'assegnazione ad appositi istituti (ovvero apposite sezioni) dei detenuti che abbiano un "comportamento che richiede particolari cautele". Ne è seguita la prassi – in realtà priva di qualsiasi fondamento legale – consistente nel recludere, in speciali aree della sezione in cui vengono allocati i detenuti in "41-bis", gli esponenti di spicco delle organizzazioni criminali, affiancando ad essi detenuti di minore pericolosità – in numero di solito non superiore a due – di modo da assicurare ai primi il simulacro di un diritto alla socialità⁴⁴⁷.

Si tratta di palesi infrazioni della legalità e dei suoi corollari, cui la giurisprudenza di legittimità non sembra annettere alcuna attitudine lesiva dei diritti fondamentali, riconducendo pianamente le suddette modifiche del regime detentivo al potere discrezionale dell'amministrazione⁴⁴⁸.

Venendo ora, e da ultimo, alla garanzia della giurisdizionalità dell'esecuzione penitenziaria va ricordato come, in assenza di parametri legislativi rigidi, essa si trovi a operare non tanto sul piano della rigorosa e obbiettiva conformità alla legge quanto "su quello della terzietà-imparzialità del giudice rispetto alle due parti, amministrazione e detenuto" che compongono il c.d. rapporto esecutivo⁴⁴⁹. All'intervento dell'organo

⁴⁴⁵ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 218 nota 294.

⁴⁴⁶ Sul punto si veda F. GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in A. GAITO, B. ROMANO, M. RONCO, G. SPANGHER, *L'associazione di tipo mafioso*, Torino, 2015, par. 5, nonché con riferimento all'ora abolito circuito a "Elevato indice di sorveglianza" A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 753.

⁴⁴⁷ In argomento vedi da ultimo C. FIORIO, *L'isola che non c'è: "area riservata" e art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2863 ss.

⁴⁴⁸ Così, da ultimo, Cass., sez. I, sent. 5 settembre 2014, n. 37231 in *Giur. cost.*, 2014, p. 2862 secondo la quale il provvedimento adottato dall'amministrazione penitenziaria con il quale il detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis ord. penit. viene inserito nel circuito penitenziario denominato "area riservata", non comporta specifiche violazioni dei diritti del detenuto, costituendo l'espressione del potere discrezionale riservato all'amministrazione penitenziaria di organizzare e regolare, nel rispetto dei principi in precedenza indicati, la vita all'interno degli istituti, tenuto anche conto della pericolosità dei detenuti e della necessità di assicurare l'ordinato svolgimento della vita intramuraria.

⁴⁴⁹ F. PALAZZO, *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, cit., p. 109; E. SOMMA, *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione. Processo penale e processo di sorveglianza*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, cit., p. 159 ss.

giurisdizionale in funzione di garanzia – a fronte dei provvedimenti che possono incidere sui diritti del detenuto ovvero modificare il grado di compressione della libertà – si è del resto, non da oggi, riconosciuto il compito di bilanciare quell'attenuazione del principio di legalità che è propria della fase esecutiva e che costituisce il riflesso dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione a fini del trattamento; come è stato a suo tempo autorevolmente notato, infatti, l'allentarsi necessario della legalità dell'esecuzione penale deve trovare il suo contrappeso in un potenziamento delle garanzie giurisdizionali⁴⁵⁰. Un'esigenza di tutela, questa, pienamente sentita dal legislatore della riforma penitenziaria che ha attribuito alla magistratura di sorveglianza la competenza funzionale a conoscere delle violazioni patite dai detenuti a cause delle condizioni detentive inerenti il trattamento penitenziario. È tuttavia un fatto che l'ordinamento penitenziario pur riconoscendo ai soggetti detenuti la titolarità di situazioni giuridiche soggettive, non prevedesse "correlative forme di tutela giurisdizionale a tutela di quelle posizioni soggettive"⁴⁵¹.

Al di fuori di alcune rare parentesi di giurisdizionalità – via via introdotte con successivi interventi di riforma ma quasi sempre suscettibili di applicazione limitata e frammentaria – ai detenuti era infatti riconosciuto il solo strumento del reclamo "generico" di cui all'art. 35 ord. penit. Rimedio, questo, assai poco incisivo poiché, stante l'assenza di specifiche previsioni in merito alle modalità e agli esiti della procedura di reclamo, la decisione del magistrato di sorveglianza finiva per trasformarsi in semplice segnalazione indirizzata all'amministrazione penitenziaria, priva di alcuna efficacia cogente. In tale sconsolante quadro è venuto a inserirsi l'intervento della Corte costituzionale che con una pronuncia, per certi versi "storica", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli art. 35 e 69 ord. penit. nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti dei detenuti. Si trattava di un necessario sviluppo della tesi, dichiaratamente accolta dalla stessa Corte costituzionale in altre e già richiamate pronunce, secondo cui la status detentivo non comporta una privazione dei diritti della persona al cui riconoscimento si accompagna "la

⁴⁵⁰ F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive*, cit., p. 281.

⁴⁵¹ Si vedano all'interno di un'ampia bibliografia F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., p. 2831; M. D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, cit., p. 109 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 116 ss.; C. L. VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2013.

correlativa attribuzione del potere di farli valere innanzi a un giudice in procedimento avente cadenze autenticamente giurisdizionali"⁴⁵².

La tanto attesa svolta finiva però per rimanere parziale, poiché la Corte facendo opera di *self restraint* ometteva di indicare quale modulo processuale tra i tanti potenzialmente azionabili dovesse in concreto essere seguito per fare valere in giudizio i diritti del detenuto. La Consulta aveva infatti chiarito che essendo i procedimenti e le varianti procedurali previsti "numerosi e importanti", non fosse possibile "individuare, oltre le discipline singolari, una norma e una procedura giurisdizionale" che fosse possibile "estendere e generalizzare". A colmare tale lacuna, a cui le Sezioni Unite avevano per un lungo periodo cercato di rimediare in via interpretativa⁴⁵³, ha provveduto dopo più di quindici anni il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146. Con questo intervento, il legislatore ha introdotto, a fianco al reclamo generico, un secondo livello di garanzia rappresentato dal nuovo "reclamo giurisdizionale" di cui all'art. 35-bis ord. penit. Al riguardo, la maggiore innovazione in tema di tutela dei diritti del detenuto è comunque rappresentata soprattutto dalla previsione di cui all'art. 69 c. 6 lett. b) ord. penit. che, nel circoscrivere la portata del nuovo rimedio *ex art. 35-bis ord. penit.* stabilisce che questo possa essere azionato in caso di inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni, previste dalla legge e dal relativo regolamento, da cui derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio.⁴⁵⁴

Senza che ci si possa in questa sede soffermare sugli aspetti più prettamente processuali della nuova disciplina, è sufficiente rilevare come i maggiori dubbi riguardino, allo stato, i provvedimenti da adottare ove si accerti una lesione "grave" e "attuale" dei diritti del detenuto. La disposizione prevede infatti che il magistrato di sorveglianza ordini all'amministrazione interessata di "porre rimedio", entro un preciso termine, alla causa del

⁴⁵² Corte cost., sent. 26 del 1999 in *Giur. cost.*, 1999, p. 176 su cui vedi M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*. Cfr. altresì, M. D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, cit., p. 141 ss.; F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., p. 2831.

⁴⁵³ Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, in *Giust. pen.*, 2004, p. 282 ss: "Rilevano queste Sezioni Unite che, se un'interpretazione *secundum Constitutionem* della normativa ordinaria impone di rinvenire un mezzo di tutela designato dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza n. 26 del 1999, un simile mezzo non può che ricondursi - proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni soggettive fatte valere - a quelle di cui agli artt. 14-ter e 69 ord. penit., che prevede la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza nelle materie indicate dalla prima di tali disposizioni".

⁴⁵⁴ In merito a tale disposizione si vedano G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e "nuova" giurisdizionalità*, in R. DAL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., p. 143 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 141; C. FIORIO, *Cronache dal terzo millennio*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 523 ss.

pregiudizio oggetto di reclamo. Tale formula, oltremodo generica, getta infatti pesanti ombre sulle modalità con cui in concreto l'amministrazione si troverà a rimediare ai pregiudizi arrecati, perpetuando ben note difficoltà interpretative⁴⁵⁵. Perplessità ancor maggiori sembrano discendere dalla possibilità di applicare il rimedio in discorso alle violazioni "strutturali" dei diritti del detenuto provocate dal sovraffollamento carcerario. In questo caso, è infatti legittimo dubitare che l'ordinanza con cui il magistrato impone di rimuovere la violazione patita dal recluso, disponendone il trasferimento, possa essere proficuamente eseguita in presenza di una complessiva saturazione degli istituti di pena. Ecco quindi che a fronte della parziale ineffettività del rimedio introdotto, potrebbe nuovamente farsi strada l'idea che sia necessario prevedere, insieme al potere di ordinare il trasferimento, anche la facoltà per il giudice di ordinare la scarcerazione del detenuto⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e "nuova" giurisdizionalità*, in R. DAL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, cit., p. 143; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 563 ss.

⁴⁵⁶ Sul punto, con riferimento specifico alla possibilità di dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede che il giudice possa ordinare il differimento facoltativo dell'esecuzione in caso di accertata e conclamata violazione del detenuto a non essere privato della libertà personale in condizioni di sovraffollamento (da cui discenderebbe il contrasto con gli artt. 2, 3, 27, c. 3, e 117, c. 1 Cost., quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'articolo 3 CEDU), è come noto intervenuta Cort cost. sent. n. 279 del 2013 che ha dichiarato inammissibile la questione di illegittimità costituzionale ritenendo, in particolare, che la pluralità delle soluzioni normative da adottare escludesse l'asserito carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo proposto dai giudici rimettenti.

CAPITOLO TERZO

SOMMARIO: 1. I diritti dei detenuti nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: linee ricostruttive. – 2. I diritti dei detenuti nella giurisprudenza di Strasburgo: dalle *inherent features* alla libertà residuale. – 3. La residua libertà del detenuto: tra regimi differenziati e perquisizioni personali. – 4. Il diritto alla salute del detenuto: dal *neminem laedere* all'obbligo di predisporre cure mediche adeguate. – 5. Il diritto ai rapporti con il mondo esterno: proporzionalità e legalità delle restrizioni a colloqui e corrispondenza del detenuto. – 6. Il sovraffollamento carcerario e i rimedi esperibili: tra alternative alla detenzione e tutela giurisdizionale.

1. *I diritti dei detenuti nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: linee ricostruttive.*

È ora venuto il momento di prendere in esame i profili di interferenza tra diritto europeo e trattamento penitenziario, cimentandosi in particolare con il problema del riconoscimento e della garanzia dei diritti del detenuto nell'ambito dell'esecuzione penale. A tal fine si dedicherà, in una *prima parte*, ampio spazio all'influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU) sull'ordinamento penitenziario, provando a ricostruire per linee essenziali il diritto convenzionale quale è venuto formandosi nella pratica giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU). Per poter tracciare un quadro esaustivo dei vincoli sovranazionali nella *subiecta materia* ci si soffermerà, in una *seconda parte*, sul crescente peso assunto dal trattamento penitenziario e dai diritti del detenuto nel diritto dell'Unione europea, ambito nel quale si registrano, in tempi recenti, i primi tentativi di assicurare standard comuni di detenzione in vista di una più stretta ed efficace cooperazione tra autorità giudiziarie degli Stati membri. Malgrado le indiscutibili differenze tra diritto convenzionale e diritto europolitano, tanto sotto il profilo del rango nella gerarchia delle fonti quanto sotto il profilo dell'efficacia e della vincolatività nell'ordinamento interno, entrambi contribuiscono ad arricchire il novero dei parametri di legittimità costituzionale della disciplina penitenziaria, in ragione della ben nota prevalenza del diritto sovranazionale sulla legge ordinaria. Inoltre, in virtù degli obblighi di conformazione ordinamentale che, a vario titolo, gravano su tutte le autorità nazionali il "diritto europeo dei diritti" costituisce, sempre più spesso, il riferimento obbligato dell'attività ermeneutica

del giudice⁴⁵⁷. Per il tramite dell'interpretazione conforme al diritto sovranazionale⁴⁵⁸, anzi, le garanzie europee si propagano al resto dell'ordinamento innescando un'applicazione diffusa dei principi costituzionali opportunamente reinterpretati alla luce del diritto pattizio⁴⁵⁹.

Per quanto segnatamente attiene al diritto CEDU un'annotazione preliminare deve riguardare il ruolo giocato, nel sistema di tutela dei diritti fondamentali, dalla Corte di Strasburgo, organo incaricato dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto convenzionale e la cui giurisprudenza è parte integrante del testo della Convenzione. Come è stato osservato⁴⁶⁰ quello delineato dalla giurisprudenza di Strasburgo è un sistema di *judicial law-making* che, complice una certa genericità delle disposizioni pattizie, pone in capo all'organo di giustizia un significativo margine di creatività, solo in parte controbalanciato dalla esigenza di assicurare stabilità alla propria giurisprudenza mediante il costante riferimento al precedente⁴⁶¹. L'autorevolezza riconosciuta a quest'ultimo, peraltro, non preclude evoluzioni giurisprudenziali ed anzi consente di mantenere aperta la porta alle specificità del caso concreto, in particolare grazie a tecniche argomentative quali il *distinguishing* che permette di valutare diversamente la fattispecie oggetto del caso e, se del caso, mutare orientamento interpretativo. I pochi elementi sin qui descritti consentono di porre in evidenza talune peculiarità del sistema di tutela in esame, che debbono essere tenute in massima considerazione ove si intenda cercare di ricostruire l'evoluzione della giurisprudenza europea in tema di diritti dei detenuti. Occorre anzitutto tenere presente che nel *legal reasoning* della Corte EDU si intravede il superamento del modello classico del sillogismo giudiziario in favore di strutture di ragionamento giuridico quali il bilanciamento degli interessi o il ricorso al test di proporzionalità, più tipiche del "diritto

⁴⁵⁷ A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, p. 230 ss.

⁴⁵⁸ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 48 ss. e in particolare p. 51 secondo il quale può ormai dirsi acquisito il vincolo interpretativo che le diverse fonti impongono al giudice, chiamandolo a ridurre la distanza con il diritto interno operando tutte le possibili torsioni empatiche rispetto all'obbligo sovranazionale: un vincolo recentemente ancorato all'art. 117 c. 1 Cost e che nel sistema della Convenzione EDU, chiama in causa direttamente le decisioni della Corte europea a fronte dell'art. 46 CEDU.

⁴⁵⁹ Con specifico riferimento all'idoneità del diritto internazionale pattizio a influenzare l'interpretazione costituzionale si veda M. RUOTOLO, *La funzione ermeneutica delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 291 ss.

⁴⁶⁰ V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea e i nuovi vincoli per l'ordinamento e il giudice penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale italiano*, Milano, 2011, p. 21 ss.

⁴⁶¹ V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 353 ss.

per principi" che caratterizza l'esperienza giuridica contemporanea⁴⁶². Inoltre, le decisioni della Corte europea appaiono sempre profondamente radicate nel caso concreto se è vero che "la Convenzione non si occupa di diritti astratti, ma della concretezza dei diritti di cui è titolare ciascun individuo per il solo fatto di trovarsi nella giurisdizione di uno Stato europeo"⁴⁶³.

È opportuno quindi fare propria la cautela di chi invita a "sorvegliare attentamente l'analogia tra il caso deciso in sede europea e il caso domestico", prima di applicare a quest'ultimo una *ratio decidendi* (o un *obiter dictum*) ricavata dalle pronunce della Corte⁴⁶⁴. Del resto, il diritto convenzionale si presenta come un diritto in movimento, un ente dinamico, a cui contribuisce il continuo lavoro interpretativo dei giudici di Strasburgo. Il diritto CEDU è cioè, per definizione, diritto vivente, in grado di adeguarsi alle mutevoli esigenze di tutela dei diritti dell'uomo proprie di una società democratica e, per questo, sensibile alle trasformazioni storiche e sociali⁴⁶⁵. Tale apertura di significato appare favorita dalla innegabile vaghezza delle disposizioni convenzionali⁴⁶⁶ la cui portata si definisce costantemente per effetto dell'interpretazione datane dalla Corte⁴⁶⁷, restituendo al testo una indefettibile "variabilità di contenuto" che vive nell'"interpretazione dinamica ed evolutiva"⁴⁶⁸. Tra i metodi interpretativi intesi a definire contorni e portata delle norme convenzionali è infatti soprattutto l'interpretazione evolutiva a consentire l'adattamento al

⁴⁶² M. VOGLIOTTI, *Introduzione* in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013, p. 18.

⁴⁶³ V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 353.

⁴⁶⁴ V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea e i nuovi vincoli per l'ordinamento e il giudice penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale italiano*, Milano, 2011, p. 21 ss.

⁴⁶⁵ Peraltro come sottolineato dalla migliore dottrina internazionalista l'attenzione alle concrete questioni del rispetto dei diritti fondamentali e il contestuale disinteresse per l'astratta normazione in vigore nell'ordinamento interno costituisce una caratteristica delle istanze internazionali di tutela dei diritti fondamentali e del diritto internazionale nel suo complesso, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 195. La Corte EDU del resto non è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di leggi, atti normativi o prassi, ma si limita a pronunciare sentenze che hanno natura dichiarativa e che quindi hanno quale unico oggetto l'accertamento di concrete violazioni dei diritti dell'uomo sanciti dalla Convenzione; cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 22 ss.

⁴⁶⁶ Una soluzione imposta anche dalla necessità di "coniugare l'universalità dei diritti umani con il relativismo delle tradizioni nazionali", cfr. M. DELMAS-MARTY, J. F. COSTE, *Les droits de l'homme, logique non standard*, in *Le genre humain*, p. 136.

⁴⁶⁷ J. P. COSTA, *Le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme*, in O. PFERSMANN, G. TIMSIT (a cura di), *Raisonnement juridique et interpretation*, Paris, 2001, p. 124 secondo il quale la Corte nell'interpretare la Convenzione utilizza un metodo al contempo globale (*globale*), teleologico (*téleologique*), evolutivo (*evolutive*) e flessibile (*souple*) nel senso che "alcuna rigidità letterale può prevalere sulle altre griglie di lettura del testo".

⁴⁶⁸ A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. penit. crimin.*, 2012, p. 156 nota 4. Sull'interpretazione evolutiva della Corte, si veda anche R. BERNHARDT *Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties*, in F. MATSCHER AND H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Köln, 1988, p. 65 ss.

mutevole quadro delle circostanze di fatto in cui vivono le disposizioni pattizie⁴⁶⁹. È proprio tale schema interpretativo ad aver consentito ai giudici di Strasburgo di colmare la lacuna che l'articolato convenzionale aveva lasciato aperta con riguardo proprio alla tutela dei detenuti. Come è stato osservato, infatti, la Convenzione non annoverava tra le sue garanzie il diritto delle persone recluse a un determinato regime detentivo ed è merito dell'attività interpretativa della Corte l'aver esteso (attraverso la tecnica *par ricochet*⁴⁷⁰) le previsioni convenzionali anche a settori che inizialmente erano ritenuti situarsi al di fuori del diritto convenzionale, come quello del trattamento dei detenuti⁴⁷¹.

È il caso *Soering* ad avere segnato la consacrazione da parte della Corte di tale sistema di protezione, ampliando in modo riflesso il contenuto di garanzia dei precetti della Convenzione⁴⁷². In questa pronuncia – relativa al caso di un cittadino tedesco che, se estradato negli Stati Uniti per un duplice omicidio ivi commesso, avrebbe potuto essere sottoposto alla pena capitale – la Corte ha infatti chiarito che l'esercizio di taluni poteri da parte degli Stati contraenti deve svolgersi nel rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione anche qualora riguardi materie non direttamente interessate dalla stessa. Pertanto, sebbene il trattamento imposto ai detenuti non risulti espressamente contemplato dalla Convenzione, il suo concreto svolgimento non può tradursi in una violazione dei diritti da essa sanciti. Ad estendere l'ambito applicativo della Convenzione al trattamento sanzionatorio e, segnatamente, alle condizioni della detenzione ha inoltre contribuito l'esplicito riconoscimento ai detenuti dei diritti previsti dalla stessa. Con la sentenza *Golder* – relativa al caso di un detenuto in inglese a cui era stata negata la possibilità di muovere reclamo avverso taluni addebiti disciplinari e di corrispondere con il proprio legale – la Corte ha infatti statuito che la privazione della libertà personale non comporta, di per sé, il venire meno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Nel fare ciò i giudici di Strasburgo, hanno ritenuto di abbandonare l'impostazione, sino ad allora adottata che legava alla perdita della libertà personale il venir meno dei diritti altrimenti riconosciuti al

⁴⁶⁹ È del resto la stessa Corte ad essersi riconosciuta la competenza ad aggiornare e definire i diritti previsti dalla Convenzione elevando gli standard europei di protezione dei diritti umani; cfr. Corte EDU, sent. 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno unito*, § 31: "la Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter - la Commission l'a relevé à juste titre - à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine".

⁴⁷⁰ Ovvero la tecnica che permette di "valutare la conformità alla Convenzione anche di istituti o di pratiche che non rientrano direttamente nel campo di applicazione" della Convenzione stessa, così da colmare talune lacune soprattutto in relazione alle condizioni della detenzione. Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 126.

⁴⁷¹ A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 156 nota 4.

⁴⁷² A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 157.

detenuto⁴⁷³. Viceversa, come gli organi del Consiglio d'Europa hanno in seguito a più riprese ribadito, i diritti riconosciuti dalla Convenzione valgono anche per le persone legittimamente private della libertà personale, cosicché può ben dirsi che "la giustizia non si ferma innanzi alla porta del carcere"⁴⁷⁴.

Nel procedere a una disamina della giurisprudenza EDU suscettibile di incidere sul trattamento sanzionatorio occorre comunque distinguere a seconda che la violazione accertata sia la conseguenza della pena concretamente eseguita ovvero rilevi già sul piano dell'astratta comminatoria edittale. Se infatti nel primo caso sono soprattutto il regime esecutivo e le concrete condizioni di attuazione di questo a incidere negativamente sui diritti della persona, nel secondo caso l'incompatibilità con il diritto convenzionale si manifesta sotto il profilo della generale enucleazione delle tipologie sanzionatorie. Sebbene sia soltanto il primo dei due filoni giurisprudenziali a venire in rilievo in questa sede, occorre tuttavia provare a spendere qualche parola in merito alla seconda delle ipotesi di interferenza appena prospettate⁴⁷⁵. Sotto questo profilo occorre procedere a un'ulteriore partizione e distinguere a seconda che la tipologia sanzionatoria in questione abbia carattere patrimoniale ovvero detentivo. Limitatamente a quest'ultima tipologia, e lasciando in secondo piano "le pene screditate e oggi quasi completamente abolite in ambito europeo come la pena di morte o le pene corporali"⁴⁷⁶, i profili strutturali delle sanzioni detentive suscettibili di generare maggior problematicità sono certamente quelli implicati dalla pena dell'ergastolo. Come stato recentemente evidenziato, infatti, quest'ultima presenta quale più evidente profilo di tensione con il sistema convenzionale non tanto la perpetuità in sé e per sé, quanto piuttosto il carattere assoluto della medesima⁴⁷⁷. La violazione dell'art. 3 CEDU che vieta i trattamenti inumani e degradanti si ha dunque qualora, a livello di astratta comminatoria edittale, la privazione della libertà si

⁴⁷³ Per una ricostruzione si veda D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, Oxford, 2009, p.10 ss.; G. SMAERS, *Gedetineerden en mensenrechten*, Antwerp, 1994; G. ZELICK, *The rights of prisoners and the European convention*, in *Modern law review*, 1975, p. 683 ss.

⁴⁷⁴ Corte EDU, sent. 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 69.

⁴⁷⁵ Del resto è stato anche di recente evidenziato come la Corte "sia stata sollecitata a pronunciarsi prevalentemente sulle *modalità esecutive* della sanzione che possono influire negativamente sulla vita del detenuto, fino a raggiungere la soglia della violazione dei diritti umani". G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale italiano*, cit., p. 299 e ss. e in particolare 342. In tema di pene corporali vedi però, Corte EDU, sent. 25 aprile 1978 *Tyrer c. Regno Unito* in cui la Corte ha ritenuto la pena della frusta comminata nei confronti di un minorene incompatibile con l'art. 3 CEDU; su tale pronuncia ampiamente A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 166.

⁴⁷⁶ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 125 ss-

⁴⁷⁷ G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale italiano*, cit., p. 342

accompagni anche a una "privazione della speranza", nel senso che l'ordinamento interno esclude qualsiasi possibilità di accedere a forme di liberazione anticipata⁴⁷⁸.

Dopo una fase di incertezza iniziale⁴⁷⁹, a partire dalla sentenza *Léger* i giudici europei hanno chiarito come l'ergastolo non sia incompatibile con l'art. 3 CEDU⁴⁸⁰. Tale violazione risulterebbe esclusa ogniqualvolta il diritto o le prassi dello Stato convenuto consentano al condannato di ottenere, nel corso dell'espiazione della pena, una verifica della attuale necessità di mantenere lo stato di detenzione. La flessibilità del rapporto esecutivo, peraltro, non dovrebbe essere necessariamente prevista per legge, essendo sufficiente che la possibilità di beneficiare della libertà risulti quanto meno *de facto*: in questo senso si è espressa Corte nel caso *Kafkaris* dove la pur remota possibilità che il condannato potesse beneficiare di un provvedimento di clemenza da parte del Capo dello Stato è parsa sufficiente ad escludere la violazione del diritto convenzionale. Né costituisce un ostacolo, in questa prospettiva, la circostanza che la liberazione del condannato dipenda da un provvedimento interamente discrezionale e del tutto indipendente dal grado di reinserimento sociale del detenuto. È quanto evidenziato dai giudici europei nel caso *Vinter*, ove la pena dell'ergastolo senza liberazione – comminata dai giudici inglesi ai detenuti colpevoli di gravi reati – è stata ritenuta compatibile con l'art. 3 CEDU stante la possibilità per il Segretario di Stato di accordare la rimessione in libertà in presenza di circostanze eccezionali quali le condizioni di salute terminali del condannato⁴⁸¹. In tale giudizio, celebrato in prima istanza innanzi alla quarta sezione della Corte, si trattava segnatamente di valutare la compatibilità alla CEDU dell'ergastolo aggravato dal *whole life*

⁴⁷⁸ Corte EDU, sent. 11 aprile 2006, *Legèr c. Francia* § 90 ss.

⁴⁷⁹ Corte EDU, sent. 14 dicembre 2000, *Nivette c. Francia*; sent. 16 ottobre 2001, *Einhorn c. Francia*; sent. 14 gennaio 2003 *Izquierdo Medina c. Spagna*, sulle quali vedi A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 169 la quale evidenzia come in tali pronunce la compatibilità della pena perpetua con l'art. 3 CEDU sembrava condizionata alla concreta non espiazione della stessa.

⁴⁸⁰ Corte EDU, sent. 11 aprile 2006, *Legèr c. Francia* § 90: "La Cour a déjà déclaré que la compatibilité avec l'article 3 d'une «peine indéterminée» infligée à des mineurs pourrait «inspirer des doutes» sans les motifs avancés à l'appui (Weeks précité, § 47; Hussain précité § 53; arrêts T. et V. précités, §§ 99 et 100). Par ailleurs, et s'agissant des adultes, la Cour n'écarte pas le fait que dans des circonstances particulières l'exécution de peines privatives de liberté à vie et incompressible puisse également poser problème au regard de la Convention lorsqu'il n'existe aucun espoir de pouvoir bénéficier de mesures telles que la libération conditionnelle par exemple. La Cour rappelle que la Convention impose aux Etats l'obligation de prendre des mesures propres à protéger le public contre les crimes violents (V. c. Royaume-Uni, précité, § 98). Elle estime ainsi que l'élément de rétribution inhérent au principe de la période punitive n'emporte pas en soi violation de l'article 3. Par la suite, et «dès lors qu'il a été satisfait à l'élément punitif de la sentence» le maintien en détention doit être motivé par des considérations de risque et de dangerosité (Stafford précité, § 80). Or, la Cour a considéré à cet égard que le requérant n'a pas été détenu arbitrairement (paragraphes 71 à 77 ci-dessus)"

⁴⁸¹ Corte EDU, Sez. IV, sent. 17 gennaio 2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*; sent. 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*.

order, un provvedimento emanato dal giudice in sede di *sentencing* per assicurare, in un'ottica di giusta retribuzione, l'integrale esecuzione della pena perpetua⁴⁸².

La Corte evidenzia inoltre come la compatibilità di tale pena con l'art. 3 CEDU debba essere valutata alla luce del generale principio di proporzione, dovendosi ritenere integrata una violazione qualora la sanzione inflitta si riveli oltremodo gravosa rispetto all'entità del fatto contestato⁴⁸³. Sennonché, dal punto di vista teleologico, il giudizio sulla proporzionalità della pena sembra dover guardare più al passato – e quindi alla gravità del fatto quale accertato in sentenza – che non all'evoluzione presente e futura della personalità del detenuto. Con maggior precisione i giudici di Strasburgo, sin dal caso *Léger*, paiono dividere l'esecuzione della pena perpetua in due distinti segmenti temporali: il primo ispirato a esigenze più smaccatamente retributive si caratterizzerebbe per assoluta rigidità, dovendo il condannato espiare un periodo di detenzione proporzionale alla gravità del fatto accertato in sentenza; il secondo, aperto a esigenze di difesa sociale e prevenzione della recidiva, sarebbe invece caratterizzato da maggior flessibilità consentendo un riesame sulla necessità della pena alla luce delle finalità di prevenzione generale e speciale. In tale prospettiva, poteva dunque ben dirsi che "le finalità rieducative" continuassero "ad avere un senso, non perché finalizzate alla trasformazione della detenzione in libertà ma perché rendono più umana la pena da scontare, continuando ad alimentare la speranza"⁴⁸⁴. Così argomentando, il ravvedimento diviene dunque mero punto di fuga verso cui il detenuto può tendere "per autopromuovere una riduzione di pena"⁴⁸⁵, anziché assurgere a "valore autonomo" capace di strutturare l'intera fase esecutiva.

Inutile dire quanto siffatta declinazione del paradigma risocializzativo sembri distante dalle cadenze che contraddistinguono il diritto alla rieducazione nella giurisprudenza costituzionale⁴⁸⁶, ove la special-prevenzione positiva risulta inseparabile

⁴⁸² Sul punto da ultimo, cfr. D. VAN ZYL SMITH, P. WEATHERBY, S. CREIGHTON, *Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?*, in *Human rights law review*, 2014, vol. 14, p. 59 ss.

⁴⁸³ G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale italiano*, cit., p. 357; con riferimento alle pronuncia *Vinter c. Regno Unito*, cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione e art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012, p. 11.

⁴⁸⁴ A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 174.

⁴⁸⁵ G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale italiano*, cit., p. 357 secondo la quale è sufficiente che al detenuto venga offerta la "possibilità di diventare artefice della propria condanna".

⁴⁸⁶ Considerazioni analoghe in 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*, cit., p. 16.

dall'obiettivo solidaristico di riadattare il condannato alla convivenza sociale attraverso il progressivo adattamento alla libertà.

Una parziale correzione di rotta, destinata a suscitare riflessi indiretti anche sull'ordinamento italiano, si è però avuta con la pronuncia con cui la Grande Camera della Corte EDU ha rovesciato il giudizio espresso dalla quarta sezione nel citato caso *Vinter*⁴⁸⁷. In tale pronuncia – che pare aver inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale in tema di ergastolo senza liberazione anticipata⁴⁸⁸ – i giudici di Strasburgo sono tornati a vagliare la compatibilità con l'art. 3 CEDU dell'inflizione di una pena perpetua senza possibilità di liberazione, pronunciandosi questa volta nel senso della violazione del diritto convenzionale. Un primo fondamentale snodo argomentativo riguarda la proporzionalità dell'ergastolo non riducibile rispetto alla gravità del fatto commesso; al riguardo la Corte ribadisce che la comminatoria della pena perpetua può rivelarsi in sé disumana qualora risulti irragionevolmente afflittiva rispetto alla intrinseca gravità del fatto di cui costituisce la conseguenza sanzionatoria. Il secondo e inedito snodo argomentativo chiama invece in causa i principi di rieducazione e dignità umana che si innestano sulla giustificazione esclusivamente retributiva data sino ad allora alla pena; la privazione della libertà personale deve infatti accompagnarsi a "una prospettiva di rilascio e a una possibilità di revisione" degli obiettivi perseguiti con la pena, giacché altrimenti risulterebbe frustrata la finalità di reinserimento sociale e con essa – vista la lunghezza della pena inflitta – anche la dignità della persona reclusa. Più in particolare il principio rieducativo impone, da un lato, un riesame del regime esecutivo al fine di comprendere se le esigenze retributive che ne hanno giustificato l'inflizione siano ancora valide⁴⁸⁹ e, dall'altro, il diritto della persona a sapere, sin dall'astratta previsione normativa, a quali condizioni la pena potrà essere riesaminata⁴⁹⁰.

Il nesso tra dignità umana e rieducazione, nella declinazione datane dalla Corte EDU, impone quindi allo Stato di legare la possibile liberazione a condizioni e tempi

⁴⁸⁷ Corte EDU, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*. Su tale pronuncia si veda il commento di A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"* in *Cass. pen.* 2013, p. 4672 ss. e quello di D. GALLIANI, *The right to hope". la sentenza "Vinter e altri v. Regno unito" della Corte di Strasburgo*, in *St. Iuris*, 2014, p. 404 ss.

⁴⁸⁸ C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata*, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2014. Sul punto vedi ora la pronuncia Corte EDU, sent. 20 maggio 2014, *Laszlo Magyar c. Ungheria*; sent. 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*

⁴⁸⁹ Dopo un periodo minimo di esecuzione che – sulla scorta di una prima indagine comparata – secondo la Corte non dovrebbe eccedere i 25 anni, cfr. Corte EDU, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, § 68.

⁴⁹⁰ Diversamente, infatti, non sarebbe logico attendersi da una persona condannata all'ergastolo effettivo, senza possibilità di riesame, uno sforzo per il proprio reinserimento nel tessuto sociale. Così, D. GALLIANI, *The "right to hope". la sentenza "Vinter e altri v. Regno unito" della Corte di Strasburgo*, cit., p. 411.

prestabiliti⁴⁹¹. In altri termini il condannato a pena perpetua non può essere abbandonato in una "nebulosa incertezza" circa la possibilità di essere rimesso in libertà⁴⁹², poiché ciò contrasterebbe con il principio della certezza giuridica e finirebbe per rendere vani gli sforzi del detenuto in vista di una futura risocializzazione, obiettivo che – nella concezione ormai compiutamente polifunzionale della pena fatta propria dalla Corte di Strasburgo⁴⁹³ – finisce per condizionare la legittimità della reazione punitiva statale anche rispetto alle più gravi forme di aggressione ai beni giuridici. Da un diritto alla speranza si è dunque passati a qualcosa di certamente più prossimo al diritto alla rieducazione riconosciuto dalla nostra Corte costituzionale, la cui elaborazione giurisprudenziale in tema di ergastolo è stata espressamente evocata dalla Corte per fondare l'esistenza di quel consenso necessario a interpretare evolutivamente i contenuti dell'art. 3 CEDU. Per effetto della ben nota influenza indiretta delle sentenze della Corte sul diritto interno⁴⁹⁴, del resto, anche le conclusioni del caso *Vinter* paiono potersi riverberare sul sistema sanzionatorio nazionale facendo sorgere non poche perplessità in merito alla "legittimità convenzionale" del c.d. ergastolo ostativo, cioè la pena perpetua applicata ai detenuti *ex* all'art. 4-bis ord. penit. cui è preclusa – in assenza di una collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. – l'ammissione alla liberazione condizionale⁴⁹⁵. Ma una lettura del ordinamento

⁴⁹¹ La Corte EDU ha dunque ritenuto che il potere di grazia del Segretario di Stato sarebbe stato accordato ovvero se anche nel caso di specie, come nella prassi consolidata, i requisiti di potere discrezionale sarebbero stati in modo a tal punto restrittivo da rendere pressoché impossibile la liberazione anticipata dei ricorrenti; cfr. Corte EDU, sent. 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, § 129: "As a result, given the present lack of clarity as to the state of the applicable domestic law as far as whole life prisoners are concerned, the Court is unable to accept the Government's submission that section 30 of the 1997 Act can be taken as providing the applicants with an appropriate and adequate avenue of redress, should they ever seek to demonstrate that their continued imprisonment was no longer justified on legitimate penological grounds and thus contrary to Article 3 of the Convention. At the present time, it is unclear whether, in considering such an application for release under section 30 by a whole life prisoner, the Secretary of State would apply his existing, restrictive policy, as set out in the Prison Service Order, or would go beyond the apparently exhaustive terms of that Order by applying the Article 3 test set out in *Bieber*. Of course, any ministerial refusal to release would be amenable to judicial review and it could well be that, in the course of such proceedings, the legal position would come to be clarified, for example by the withdrawal and replacement of the Prison Service Order by the Secretary of State or its quashing by the courts. However, such possibilities are not sufficient to remedy the lack of clarity that exists at present as to the state of the applicable domestic law governing possible exceptional release of whole life prisoners".

⁴⁹² C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata*, cit.; A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, cit., p. 4672 ss.

⁴⁹³ Così D. GALLIANI, *The "right to hope". la sentenza "Vinter e altri v. Regno unito" della Corte di Strasburgo*, cit., p. 410.

⁴⁹⁴ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 25; M. DE SALVIA, *L'acculturazione incompiuta al diritto europeo dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, p. 447 ss.

⁴⁹⁵ A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, cit., p. 4672 ss. i quali osservano peraltro come le questioni di legittimità costituzionale sollevate sono state però respinte dalla Consulta, la quale ha ritenuto che la disciplina che subordina l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, rimessa alla scelta del condannato, non precluda in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si ponga, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27,

interno conforme al diritto pattizio potrebbe più in generale mettere in discussione quei diffusi orientamenti interpretativi che ritengono l'accesso alla liberazione condizionale dell'ergastolano frutto di un potere discrezionale del giudice⁴⁹⁶.

2. *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza di Strasburgo: dalle inherent features alla libertà residuale.*

Nel ricostruire l'incidenza della Convenzione EDU sulle modalità di esecuzione della pena detentiva è giocoforza partire dalla constatazione dell'assenza di qualsiasi disposizione pattizia esplicitamente dedicata ai diritti delle persone recluse. Il diritto convenzionale, infatti, malgrado il già richiamato divieto di "pene o trattamenti inumani o degradanti" (art. 3 CEDU), non contiene espliciti riferimenti al regime di esecuzione penale né alle condizioni in cui la pena carceraria deve essere espiata⁴⁹⁷. Vero è che la Convenzione espressamente tutela i cittadini contro le privazioni arbitrarie della libertà personale, ma è altresì vero che, come affermato dalla Corte, le modalità di esecuzione della pena "non possono, in linea di principio, influire sulla legittimità di una privazione di libertà" ai sensi dell'art. 5 CEDU⁴⁹⁸. Come vedremo, tuttavia, tale affermazione richiede di essere contestualizzata all'interno della più ampia elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, la quale ha in diverse occasioni riconosciuto come l'esecuzione della pena possa dare luogo a violazioni della Convenzione e, in particolare, dell'art. 3 CEDU che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, e dell'art. 8 CEDU che tutela il diritto alla vita privata. Come già anticipato attraverso la tecnica dell'interpretazione *par ricochet* si è giunti ad affermare la piena operatività delle disposizioni convenzionali anche

comma 3, Cost. I dubbi di legittimità costituzionale potrebbero oggi prendere corpo in una o più *quaestio* fondate sull'art. 117 c.1 Cost. in relazione al "parametro interposto" costituito dall'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

⁴⁹⁶ Dal momento che un'impostazione siffatta finirebbe per precludere la possibilità di conoscere sin dall'inizio tempi e modalità del beneficio; in argomento cfr. S. SARTARELLI, *Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1356, nonché da ultimo F. DE MINICIS, *L'ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1269 ss.

⁴⁹⁷ H. MÜLLER-DIETZ, *Mensrechte und Strafvollzug*, in H. MÜLLER-DIETZ, H. JUNG, *Langer Freiheitsentzug - wie lange noch?: Plädoyer für eine antizyklische Kriminalpolitik*, Bonn, 1994, p. 43 ss. e in particolare p. 54 ss.

⁴⁹⁸ Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, *Bizzotto c. Grecia*, § 34 ove si afferma che un luogo di detenzione, per quanto illegale rispetto al diritto interno, non conferisce di per sé alla privazione della libertà personale una connotazione incompatibile con l'art. 5 par. 1 della Convenzione.

in relazione al trattamento penitenziario⁴⁹⁹, con la conseguenza di introdurre per via giurisprudenziale una serie di limiti alla possibilità di privare i detenuti di determinati diritti e libertà⁵⁰⁰. Seguendo un'evoluzione simile a quella registrata nell'ordinamento italiano, pertanto, la Corte EDU sembra oggi ritenere contrari alla Convenzione regimi o provvedimenti che determinino il superamento della soglia di afflittività propria a ogni trattamento punitivo. Occorre comunque evidenziare che, se la Corte è arrivata a sottrarre al margine di apprezzamento statale la materia del trattamento penitenziario⁵⁰¹, ciò è avvenuto soltanto all'esito di un percorso contrassegnato da non poche incertezze.

A ben vedere, in effetti, la prima giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo registra pochissimi casi relativi alle violazioni dei diritti del detenuto; pronunce quasi sempre tradottesi nella manifesta infondatezza dei ricorsi relativi alle ingerenze nei diritti del detenuto, ritenute *inherent features* della detenzione, e cioè conseguenze necessarie della privazione di libertà⁵⁰², limitazioni inerenti alla stessa applicazione di una sanzione detentiva⁵⁰³. È solo a partire dalla metà degli anni settanta che si consolida l'affermazione del principio della piena titolarità in capo ai detenuti dei diritti riconosciuti dalla Convenzione⁵⁰⁴. In particolare, sembra prendere quota l'idea che la misura privativa della libertà personale possa implicare la sola perdita del diritto alla libertà personale e che i detenuti continuino a godere dei diritti fondamentali nella misura in cui il loro esercizio non risulti incompatibile con lo stato di detenzione. È quanto chiarito dalla Corte EDU nella sentenza *Golder*⁵⁰⁵, ove, rigettando la dottrina dei limiti

⁴⁹⁹ M. DELMAS-MARTY, *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit pénal de fond*, in *Dir. uomo*, 1992, p. 15; A. ESPOSITO, *Condizioni della detenzione e trattamento dei detenuti: la cultura della detenzione*, in *Documenti giustizia*, 2000.

⁵⁰⁰ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 132.

⁵⁰¹ In tema di margine di apprezzamento si vedano, *ex multis*, i contributi di Y. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Rev. Eur. Droit Pub.*, 2001, pp. 1162 ss. il quale definisce il margine nazionale di apprezzamento "as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions" e M. DELMAS-MARTY, M.L. IZORCHE, *Marge d'appréciation et internationalisation du droit*, in *Rev. int. droit comp.*, 2000, p. 753 ss.

⁵⁰² Si veda in termini generali Commissione EDU, sent. 11 luglio 1967, *De Courcey c. Regno unito*, in cui si afferma che "the limitation of the right of a detained person to conduct correspondence is a necessary part of his deprivation of liberty which is inherent in the punishment of imprisonment".

⁵⁰³ Per un'attenta ricostruzione delle pronunce evocate si veda D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, Oxford, 2009, p.10 ss.; G. SMAERS, *Gedetineerden en mensenrechten*, Antwerp, 1994; G. ZELICK, *The rights of prisoners and the European convention*, in *Modern law review*, 1975, p. 683 ss.; E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, cit., p. 1418 ss.

⁵⁰⁴ E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in 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*, cit., p. 7 ss.

⁵⁰⁵ La Corte europea era stata investita dal ricorso di un cittadino inglese, Golder, che aveva scontato quindici anni di reclusione nel carcere dell'isola di Wight per rapina a mano armata. Mentre si trovava in carcere, egli

impliciti i giudici giungono per la prima volta ad affermare che le restrizioni al "giusto processo" e al diritto di corrispondenza delle persone detenute non possono ritenersi presupposte dallo stato di detenzione, ma debbono rispettare gli stessi requisiti che la Convenzione prevede per le limitazioni adottate nei confronti dei cittadini liberi⁵⁰⁶. Ai fini che qui rilevano⁵⁰⁷ è sufficiente notare come tale pronuncia abbia avuto l'effetto di sottrarre al margine di apprezzamento dello Stato contraente il giudizio relativo alla restrizione dei diritti del detenuto. Più in particolare, pronunciandosi in merito alle limitazioni alla corrispondenza imposte a detenuti sottoposti a regime di esecuzione ordinario, Corte ha ritenuto non soddisfatto il test di proporzionalità che deve positivamente fondare la misure restrittive dei diritti della Convenzione⁵⁰⁸.

Malgrado i giudici europei abbiano dichiaratamente rinunciato a stabilire, in termini generali, i limiti al contenuto della privazione della libertà personale⁵⁰⁹, a partire dalla pronuncia citata sembra perciò limpidamente delinearsi il divieto di sottoporre i diritti delle persone reclusi a restrizioni che non siano giustificate dalle "normali e ragionevoli" esigenze di custodia proprie della detenzione⁵¹⁰. È giocoforza evidenziare, tuttavia, come

era stato coinvolto in alcuni incidenti verificatisi all'interno della prigione ed era stato accusato del ferimento di una guardia carceraria. A fronte delle contestazioni, il detenuto aveva chiesto invano di essere trasferito in un altro carcere e di poter sentire un avvocato. Ritenendo violato il proprio diritto ad accedere a un giudice (art. 6 CEDU) e il diritto a corrispondere con il proprio legale (art. 8 CEDU), il detenuto aveva presentato ricorso a Strasburgo ottenendo dalla Corte il riconoscimento della titolarità dei suddetti diritti malgrado lo stato di detenzione.

⁵⁰⁶ Per tale lettura della sentenza si leggano le considerazioni di D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit. p. 11.

⁵⁰⁷ Per le implicazioni di tale giudizio sulla tutela dei diritti dei detenuti nel diritto inglese, si veda L. LAZARUS, *Contrasting prisoners rights. A comparative examination of England and Germany*, Oxford, 2004, p. 194.

⁵⁰⁸ Con specifico riferimento alle restrizioni poste ai diritti dei detenuti, cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the ECHR*, Antwerpen, 2001, p. 78

⁵⁰⁹ Cfr. Corte EDU, sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, §39 ove si afferma che "it is not the function of the Court to elaborate a general theory of the limitations admissible in the case of convicted prisoners".

⁵¹⁰ Cfr. Corte EDU, sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, § 45. Nel caso di specie la Corte ritiene ammissibili restrizioni al diritto alla corrispondenza garantito dall'art. 8 CEDU ove queste siano necessarie a rispondere alle ordinarie e ragionevoli esigenze della detenzione poiché solo in tal modo la detenzione legittima ex art. 5 CEDU non si risolve in una violazione dell'art. 8 CEDU ("The Court accepts, moreover, that the "necessity" for interference with the exercise of the right of a convicted prisoner to respect for his correspondence must be appreciated having regard to the ordinary and reasonable requirements of imprisonment. The "prevention of disorder or crime", for example, may justify wider measures of interference in the case of such a prisoner than in that of a person at liberty. To this extent, but to this extent only, lawful deprivation of liberty within the meaning of Article 5 (art. 5) does not fail to impinge on the application of Article 8"); fatte tali premesse, tuttavia, la Corte ritiene che in concreto tali esigenze non rendessero necessario un provvedimento limitativo del diritto del detenuto a corrispondere con il proprio legale "In order to show why the interference complained of by Golder was "necessary", the Government advanced the prevention of disorder or crime and, up to a certain point, the interests of public safety and the protection of the rights and freedoms of others. Even having regard to the power of appreciation left to the Contracting States, the Court cannot discern how these considerations, as they are understood "in a democratic society", could oblige the Home Secretary to prevent Golder from corresponding with a solicitor with a view to suing Laird for libel".

siffatte prese di posizione siano rimaste, in un primo momento, confinate per lo più a questioni di natura processuale, quasi a dimostrare l'esitazione della Corte ad affrontare il problema dei contenuti del trattamento⁵¹¹. Come se non bastasse la Corte è parsa, inizialmente, assai riluttante a dichiarare illegittime le limitazioni giustificate da esigenze di difesa sociale, ritenendo fondate le doglianze solo laddove i provvedimenti restrittivi non risultassero espressamente previsti dalla legge. La ritrosia della Corte a ricavare dalla Convenzione precisi limiti al trattamento penitenziario è ben esemplificata dal caso *Silver* in cui i giudici di Strasburgo, facendo riferimento al margine di apprezzamento nazionale, giungono in un *obiter dictum* a ritenere legittime le restrizioni al diritto di corrispondenza giustificate da esigenze di prevenzione speciale⁵¹²; orientamenti destinati solo in parte a mutare nel successivo e notissimo caso *Campbell* in cui la Corte, circoscrivendo maggiormente il margine di apprezzamento accordato allo Stato⁵¹³, ha riconosciuto il diritto dei detenuti ad essere assistiti da un difensore anche nell'ambito di un procedimento disciplinare promosso dall'amministrazione penitenziaria⁵¹⁴.

Restava tuttavia inapplicato alla materia penitenziaria il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, disposizione da cui pure parte della dottrina faceva discendere il generale obbligo di rispettare la dignità del condannato nell'ambito della fase esecutiva⁵¹⁵. Le perduranti difficoltà di approdare a una soddisfacente definizione di "trattamento inumano", insieme alla convinzione che, per sua natura, la pena detentiva implicasse "un'inevitabile componente di sofferenza o umiliazione"⁵¹⁶, avevano infatti indotto per un lungo periodo i giudici di Strasburgo ad escludere dall'ambito di tutela della disposizione convenzionale le condizioni della detenzione all'interno degli

⁵¹¹ D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit. p. 11; H. MÜLLER-DIETZ, *Menschrechte und Strafvollzug*, in H. MÜLLER-DIETZ, H. JUNG, *Langer Freiheitsentzug - wie lange noch?: Plädoyer für eine antizyklische Kriminalpolitik*, cit. p. 54 ss.

⁵¹² Corte EDU, sent. 25 marzo, *Silver e altri c. Regno Unito*, § 101: "The Court notes that this letter - written by a prisoner convicted of fraud (see paragraph 13 above) - did not simply concern legal problems but interpretations (see paragraph 60 above). Without expressing any opinion on the restrictions in force at the relevant time on the conduct by prisoners of business activities in general, the Court considers, making due allowance for the United Kingdom's margin of appreciation, that the authorities were entitled to think that the stopping of this particular letter was necessary "for the prevention of disorder or crime", within the meaning of Article 8 § 2 (art. 8-2) of the Convention". In merito all'uso del test di proporzionalità in questa pronuncia vedi J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: a study of proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention of Human rights*, Leiden, 2009, p. 114.

⁵¹³ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the ECHR*, cit. p. 78.

⁵¹⁴ Corte EDU, sent. 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 69.

⁵¹⁵ H. MÜLLER-DIETZ, *Menschrechte und Strafvollzug*, in H. MÜLLER-DIETZ, H. JUNG, *Langer Freiheitsentzug - wie lange noch?: Plädoyer für eine antizyklische Kriminalpolitik*, cit., p. 42 ss; S. TRECHSEL, *Human rights of persons deprived of their liberty*, in *Proceedings of the 7th International colloquy on the European Convention of Human rights*, 1990, Copenaghen, p. 4 ss.

⁵¹⁶ Corte EDU, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda. c. Regno Unito*, § 167; sent. 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, § 30.

istituti di pena e di altre "istituzioni totali"⁵¹⁷. Si evidenziava, in particolare, il necessario raggiungimento di una "soglia minima di gravità"⁵¹⁸ quale criterio per distinguere la sfera degli illeciti da quella delle pratiche legali e legittime⁵¹⁹, escludendo così dal raggio di applicazione del divieto le situazioni lesive riconducibili alle oggettive condizioni della detenzione (sovraffollamento, prestazioni terapeutiche insufficienti o del tutto inesistenti, ecc.) o al regime di esecuzione a cui il detenuto risultava in concreto assoggettato (isolamento continuo o altre forme di esecuzione differenziata)⁵²⁰. La scelta di ricondurre all'ambito di tutela della previsione convenzionale soltanto le più gravi forme di maltrattamenti e violenze nei confronti dei detenuti⁵²¹ aveva del resto suscitato non poche perplessità⁵²², suggerendo a taluni l'introduzione di un nuovo protocollo addizionale relativo alle condizioni della detenzione e al diritto dei detenuti a un'offerta trattamentale⁵²³.

Malgrado gli sviluppi sin qui riassunti si siano rivelati in un primo momento senz'altro insoddisfacenti va però preso atto del netto mutamento di paradigma segnato dagli orientamenti giurisprudenziali in parola. Come anticipato, infatti, nell'estendere alle

⁵¹⁷ Si veda con riferimento agli ospedali psichiatrici Commissione EDU, sent. 14 maggio 1977, *Y. c. Regno Unito*, § 37.

⁵¹⁸ P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Den Haag, 1998, p. 311 ss. e riferimenti bibliografici ivi riportati.

⁵¹⁹ Corte EDU, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda. c. Regno Unito*, § 162: "As was emphasised by the Commission, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3). The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc."

⁵²⁰ J. MURDOCH, *The European Torture Committee after Five Years: An Assessment. The Work of the Council of Europe's Torture Committee*, in *Eu. journ. int. law*, 1994, p. 220 ss. e in particolare p. 239-240. S. LIVINGSTONE, *Prisoners' rights in the context of the European Convention of Human Rights, in Punishment and Society*, 2000, p. 309 ss. e in particolare p. 314 il quale peraltro evidenzia come in questa prima fase solo "in the case of political detainees that the Commission and the Court have been prepared to find breaches of Article 3 in relation to things like overcrowding or inadequate medical treatment". Con riferimento alle condizioni della detenzione di presunti appartenenti all'organizzazione terroristica IRA vedi Commissione EDU, sent. 15 maggio 1990, *McFeeley c. Regno Unito*.

⁵²¹ Nel già citato caso *Irlanda c. Regno Unito* la Corte ha ritenuto integrassero un trattamento inumano (ma non una vera e propria tortura, come invece ritenuto dalla Commissione) le c.d. "cinque tecniche" adoperate dalle forze di sicurezza britanniche nel corso degli interrogatori dei presunti terroristi IRA e consistenti in: la privazione del sonno; l'incappucciamento per tutta la durata del fermo; la nutrizione con soli pane e acqua; la sottoposizione costante a un forte rumore; l'obbligo di mantenere una posizione eretta sulle punte dei piedi contro il muro".

⁵²² Con particolare riferimento alla prudenza inizialmente manifestata dalla Corte EDU circa la possibilità di estendere il divieto di cui all'art. 3 CEDU alle condizioni detentive si vedano le considerazioni critiche di H. JUNG, *Sanktionensystem und Menschenrechte*, Bern, 1992, p. 93 la quale rimprovera alla Corte di non aver sviluppato un'interpretazione evolutiva dell'articolo in questione: "Die Straßburger Rechtsschutzorgane könnten Bewegung in die Standards des Strafvollzuges bringen, wenn sie an den Begriff "degrading" die Elle ihrer dynamischen Interpretation anlegten". Nello stesso senso cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Menschenrechte und Strafvollzug*, in H. MÜLLER-DIETZ, H. JUNG, *Langer Freiheitsentzug - wie lange noch?: Plädoyer für eine antizyklische Kriminalpolitik*, cit., p. 58.

⁵²³ J. MURDOCH, *CPT Standards within the context of the Council of Europe*, in R. MORGAN, M. EVANS (a cura di), *Protecting prisoners*, Oxford, 1999, p. 125; D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit., p. 13.

persone private della libertà personale i diritti sanciti dalla convenzione, la Corte riconosce l'esistenza un incompressibile nucleo di libertà residuale che la detenzione non intacca, elevandolo a presupposto per l'esercizio delle posizioni soggettive garantite dal diritto pattizio⁵²⁴. Non solo infatti, come chiarito in *Golder*, le limitazioni dei diritti del detenuto "previste dalla legge"⁵²⁵ debbono rispondere alle normali esigenze della detenzione ma, per essere legittime, queste debbono altresì risultare necessarie a conseguire un scopo legittimo, con conseguente esclusione delle misure che importano un maggior sacrificio del diritto in questione⁵²⁶. Si può dunque affermare, sulla scorta della più recente giurisprudenza europea, che una pena è "legittima"⁵²⁷ solo quando la sua esecuzione, rispettando la dignità del detenuto⁵²⁸, si svolge in condizioni conformi al senso di umanità e non comporta il sacrificio dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. D'altronde, come vedremo nel prosieguo, i giudici europei, facendo tesoro della preziosa attività ispettiva svolta nei luoghi di detenzione dal Comitato di Prevenzione della Tortura (CPT), hanno infatti progressivamente ampliato l'ambito di tutela dell'art. 3 fino a ricomprendervi anche le condizioni detentive⁵²⁹. Saldando tali approdi interpretativi con la consolidata giurisprudenza in tema di diritti dei detenuti, la Corte è così giunta a ridefinire lo standard minimo di tutela in materia, precisando che, per essere conforme al diritto convenzionale, l'esecuzione della pena deve garantire: a) il diritto del detenuto a non subire trattamenti inumani e degradanti anche sotto il profilo della contrarietà delle condizioni detentive all'art. 3 CEDU; b) il riconoscimento di tutti gli altri diritti sanciti dalla Convenzione, ad

⁵²⁴ L. LAZARUS, *Conceptions of liberty deprivations*, in *Mod. law rev.*, 2006, p. 738 ss.; ID. *Contrasting prisoners' rights*, cit., p. 194; D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit., p.

⁵²⁵ Con riferimento alla nozione autonoma di legge elaborata dalla giurisprudenza EDU, si veda per tutti A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., p. 301 ss. e 375. Limitatamente alla nozione di legge in senso materiale di cui all'art. 8 par. 2 CEDU come fondamento per le ingerenze nel diritto alla vita privata G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 21 ss.

⁵²⁶ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the ECHR*, cit. p. 78; D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit., p. 78.

⁵²⁷ Così Corte EDU, sent. 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, § 68; Corte EDU, sent. 24 luglio 2001, *Valašinas c. Lituania*, § 102.

⁵²⁸ Sul legame tra rispetto dei diritti della Convenzione e dignità del detenuto si veda da ultimo, Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia (n.2)*, § 42. Sul punto cfr. S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010 p. 389 ss.: "La dignità, pertanto, non si risolve in un concetto banalmente astratto e vago, al contrario prende forma l'immagine di un parametro vincolato in modo saldo alla dimensione fisica, al 'corpo incarcerato' insomma, e al rapporto destinato a instaurarsi tra singolo e autorità statale. Quest'ultima, per mantenere fede agli impegni contratti sottoscrivendo la Convenzione europea (art. 1 Cedu), ha il compito di garantire l'espiazione di una "pena legittima" che privi il prigioniero di un solo diritto - la libertà - rimanendo integri gli altri di natura elettorale, civile e sociale".

⁵²⁹ Corte EDU, sent. 15 luglio 2002, *Kalashnikov c. Russia*; sent. *Van der Ven c. Paesi Bassi*,

eccezione del diritto alla libertà personale ove questo sia stato legittimamente compreso ai sensi dell'art. 5 CEDU⁵³⁰.

Nel procedere ad un'analisi dell'incidenza del diritto EDU sulle modalità di esecuzione della pena detentiva è dunque opportuno prendere le mosse dalla giurisprudenza che ha vagliato la compatibilità con il diritto convenzionale di quei regimi differenziati che, in virtù di esigenze di sicurezza interna o di difesa sociale, comportano una sistematica restrizione dei diritti fondamentali della persona. Come già osservato con riferimento all'ordinamento nazionale, infatti, tali modalità esecutive determinano un accrescimento del grado di privazione della libertà rispetto ai regimi di detenzione ordinari e rendono in tal modo maggiormente afflittivo il trattamento punitivo in concreto attuato nei confronti della persona detenuta. Solo una volta esaminata la problematica legittimità delle misure che incidono sulla libertà residua del condannato, sarà possibile dare conto delle altre misure che limitano i diritti delle persone recluse, quali in particolare il diritto alla salute e all'integrità fisica nonché il diritto del detenuto ai rapporti con il mondo esterno. Da ultimo si cercherà di fare il punto sugli sviluppi interpretativi dati al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU con particolare riferimento alle concrete condizioni della detenzione e correlativo diritto delle persone private della libertà personale ad agire in giudizio a tutela dei diritti violati da modalità restrittive qualificate come inumane. Si seguirà, anche questa volta un approccio casistico, imposto oltre che dalla stessa natura del giudizio di bilanciamento (a cui la Corte procede indirettamente attraverso il test di proporzionalità delle misure restrittive), anche dalle peculiarità del ragionamento giuridico impiegato della Corte.

A partire da tale ricostruzione sarà possibile saggiare l'attuale consistenza dei parametri di legittimità costituzionale – quale risulta per effetto dell'interazione tra disposizioni costituzionali e diritto europeo – a cui rapportare il giudizio sul trattamento e più in generale sulla disciplina penitenziaria.

⁵³⁰ Corte EDU, sent. *Hirst c. Regno Unito (n.2)*, § 69: "Prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. For example, prisoners may not be ill-treated, subjected to inhuman or degrading punishment or conditions contrary to Article 3 of the Convention, they continue to enjoy the right to respect for family life; the right to freedom of expression; the right to practise their religion; the right of effective access to a lawyer or to a court for the purposes of Article 6; the right to respect for correspondence; and the right to marry. "Any restrictions on these other rights must be justified, although such justification may well be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment (see, for example, *Silver and Others*, cited above, pp. 38-41, §§ 99-105, where broad restrictions on the right of prisoners to correspond fell foul of Article 8, but the stopping of specific letters containing threats or other objectionable references was justifiable in the interests of the prevention of disorder or crime".

3. *La residua libertà del detenuto: tra regimi differenziati e perquisizioni personali.*

Si è detto come da una prima analisi della giurisprudenza europea emerga con chiarezza il riconoscimento a tutti i detenuti di un residuo nucleo di libertà che la pena detentiva non intacca. Può allora essere opportuno domandarsi se siano compatibili con il diritto convenzionale quei regimi differenziati di detenzione che, imponendo severe restrizioni ai diritti del detenuto e alle attività trattamentali, comprimono ulteriormente la libertà di quest'ultimo accrescendo in tal modo il grado di afflittività dell'esecuzione penale. Più in particolare, occorre chiedersi se e quando tali modalità esecutive eccedano quel minimo grado di afflittività che è inevitabile componente di qualsiasi trattamento punitivo⁵³¹, traducendosi in un comportamento contrario alla dignità del detenuto suscettibile di violare il divieto di cui all'art. 3 CEDU. A tal fine pare opportuno preliminarmente chiarire il criterio impiegato dai giudici europei per accertare l'esistenza di trattamenti vietati: a ben vedere infatti è ricorrente nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo il tentativo di individuare in astratto "una soglia minima di gravità e afflittività" oltre la quale un comportamento addebitabile alle autorità dello Stato trasmoda in trattamento vietato o financo in tortura⁵³². Con maggior precisione, inoltre, il diverso livello di gravità in concreto assunto dal trattamento consente alla Corte di tracciare un discrimine tra le diverse condotte espressamente vietate dall'art. 3 CEDU (tortura, trattamento inumano, trattamento degradante) che si differenziano tra loro proprio in ragione del diverso coefficiente di sofferenza inflitta⁵³³.

Il fondamentale ruolo giocato da tale criterio ai fini dell'applicazione della disposizione *de qua*, del resto, appare chiaro ove si consideri che quest'ultima esprime un divieto assoluto e a carattere inderogabile, riconducibile al novero dei c.d. *inviolable core rights* garantiti dal sistema convenzionale⁵³⁴. Il carattere assoluto del diritto a non subire

⁵³¹ Corte EDU, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda. c. Regno Unito*, § 167; sent. 25 aprile 1978, *Tyler c. Regno Unito*, § 30.

⁵³² Sul punto si vedano, con riferimento specifico ai regimi differenziati, le considerazioni di E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di trattamento inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1240 ss.; più in generale, cfr. P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 311 ss.; R. C. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, p. 168.

⁵³³ Corte EDU, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda. c. Regno Unito*, § 165 ss.

⁵³⁴ Si tratta come noto dei casi espressamente richiamati all'art. 15 par. 2 CEDU che esclude la deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione" per i diritti di cui agli artt. 3, 4 par. 1 e 7 CEDU. Il divieto di tortura è oggetto di progressivo e costante consolidamento anche a livello internazionale al punto da farlo ritenere principio di diritti

trattamenti inumani o degradanti esclude infatti l'eventualità di un bilanciamento con altri controinteressi, cosicché la definizione dell'ambito applicativo della disposizione convenzionale finisce col dipendere unicamente dall'individuazione, nel caso concreto, dalla sussistenza della lesione⁵³⁵. Sennonché, come la Corte ha avuto occasione di chiarire sin dalla nota sentenza nel caso *Tyrer*, la soglia di obiettiva gravità che consente di accertare la violazione del diritto in parola è per sua natura relativa e in larga misura dipendente dalle circostanze del caso concreto⁵³⁶. Più in particolare tra i fattori che influiscono sull'accertamento della violazione, la giurisprudenza EDU annovera la durata del trattamento vietato, i suoi effetti dal punto di vista fisico e psichico e, in taluni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima⁵³⁷. Risulta dunque assai complesso stabilire *a priori* quali regimi di detenzione, nella loro astratta configurazione normativa, si pongano in contrasto con il diritto convenzionale, dovendosi guardare piuttosto alla loro attuazione in concreto e alle conseguenze che essa produce sulla persona detenuta⁵³⁸.

Per fornire una risposta quanto meno parziale è dunque preferibile procedere per gradi e chiarire quale, tra le fattispecie delineate dall'art. 3 CEDU, possa essere invocata per contestare la legittimità di un inasprimento del trattamento penitenziario derivante dall'adozione di un regime carcerario differenziato. A tal fine è bene precisare da subito che la Corte, per costante giurisprudenza, qualifica come "tortura" soltanto quei trattamenti, implicanti violenza fisica, che deliberatamente cagionano alle vittime gravi e

internazionale generale, se non addirittura di *ius cogens* cfr. F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, p. 27 ss., e in particolare p. 29; R. KOLB, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains et dégradants*, in *Rev. univ. dr. homme*, 2003, p. 254 ss.

⁵³⁵ E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in 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*, cit., p.11 secondo il quale in questi casi "il problema si sposta dall'individuazione della giusta misura della compressione del diritto alla determinazione sussistenza stessa della lesione".

⁵³⁶ Corte EDU, sent. 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, § 30: "In the Court's view, in order for a punishment to be "degrading" and in breach of Article 3 (art. 3), the humiliation or debasement involved must attain a particular level and must in any event be other than that usual element of humiliation referred to in the preceding subparagraph. The assessment is, in the nature of things, relative: it depends on all the circumstances of the case and, in particular, on the nature and context of the punishment itself and the manner and method of its execution". Nello stesso senso, da ultimo, Corte EDU, sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, § 95.

⁵³⁷ Corte EDU, sent. 12 luglio 2005, *Moldovan e altri c. Romania*, § 100; sent. 11 luglio 2000 *Dikme c. Turchia*, § 94 ss.; sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda. c. Regno Unito*, § 162

⁵³⁸ P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 313, i quali peraltro evidenziano come "the answer to the question whether the Article 3 has been violated, although depending on the circumstances of the case, including the mental effects on the person concerned, is not entirely dependent on the latter's subjective appreciations and feelings"

crudeli sofferenze⁵³⁹. Al di fuori di taluni casi eccezionali⁵⁴⁰, infatti, laddove la detenzione non si accompagna al ricorso sistematico e intenzionale alla violenza fisica e psichica, i giudici di Strasburgo appaiono assai restii a impiegare il termine "tortura"⁵⁴¹, preferendo parlare – a seconda della gravità dei casi – di trattamento crudele, inumano o degradante⁵⁴². Sul punto è sufficiente rinviare, ancora una volta, al controverso caso *Irlanda c. Inghilterra*, ove la Corte ha ritenuto che le tecniche adoperate dalle forze di sicurezza britanniche nel corso degli interrogatori di presunti terroristi IRA configurassero "soltanto" un trattamento inumano e degradante (e non una tortura), trattandosi di pratiche intese a minare la resistenza psicologica degli interrogati ma prive dello specifico intento di provocare sofferenza alle vittime⁵⁴³. Se tali sono i presupposti necessari a integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, può allora spiegarsi la cautela mostrata dagli organi di Strasburgo nell'applicare il divieto in parola ai casi di regimi custodiali consistenti in forme più o meno incisive di limitazione della libertà di movimento, di circolazione e di contatti umani e sociali all'interno e all'esterno dei luoghi di detenzione⁵⁴⁴.

Ove non si registrino sistematiche manifestazioni di violenza fisica e psicologica o privazioni materiali anche non deliberatamente inflitte, la Corte sembra infatti incline a ritenere astrattamente compatibili con la Convenzione i regimi speciali di detenzione giustificati da esigenze di ordine e sicurezza interna o esterna. In un primo momento, del resto, gli orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo sembravano persino orientati ad ammettere la conformità all'art. 3 CEDU di regimi esecutivi implicanti la segregazione cellulare continua e il completo isolamento sensoriale della persona reclusa⁵⁴⁵. Solo

⁵³⁹ Corte EDU, sent. 18 dicembre 1996, *Askoy c. Turchia*, § 63; sent. 25 settembre 1997, *Aydin c. Turchia*, § 85 ss. Per un'ampia rassegna di casi analoghi aventi come Stato convenuto al Turchia, cfr. R. C. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, p. 80 nota 31.

⁵⁴⁰ Per un'interessante rassegna di ipotesi detentive caratterizzate dalla segregazione in luoghi di trattenimento segreti e inaccessibili (anche se non necessariamente implicanti l'isolamento continuo detenuto) suscettibili, a giudizio della Corte di qualificazione come vera e propria tortura, cfr. E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in 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*, cit., p. 18; ID., *Il c.d. 41-bis è una forma di trattamento inumano o degradante?*, cit., p. 1240 ss.

⁵⁴¹ D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit., p. 11.

⁵⁴² In merito alle rilevanti implicazioni pratiche che discendono dalla distinzione tra tortura, trattamenti inumani e trattamenti degradanti, 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. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1817 ss..

⁵⁴³ Corte EDU, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno unito*, § 125: "Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood".

⁵⁴⁴ E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di trattamento inumano o degradante?*, cit., p. 1240 ss.; J. MURDOCH, *Le traitement des détenus. Critères européens*, Strasbourg, 2007, p. 272 ss.

⁵⁴⁵ Commissione EDU, dec. 9 luglio 1981, *Kröcher e Möller c. Svizzera*, § 24; in particolare lasciano perplessi

successivamente, anche grazie al contributo del CPT⁵⁴⁶, ha cominciato a farsi strada una maggiore consapevolezza dei rischi che sistematiche limitazioni alla socialità comportano sul piano del benessere fisico e psichico del detenuto⁵⁴⁷, spingendo la Corte a stringere le maglie del divieto fino ricomprendervi anche la sottoposizione dell'individuo a regimi di "massima sicurezza" istituzionalmente caratterizzati da isolamento sociale e sensoriale, misure ritenute, a ragione, suscettibili di "distruggere la personalità" del detenuto trasformando la reclusione in trattamento inumano⁵⁴⁸. Laddove vengano garantiti all'interessato il diritto alla socialità e i rapporti con il mondo esterno, quindi, l'adozione di più restrittivi regimi di esecuzione non costituisce, nella sua astratta configurazione normativa, una forma di trattamento inumano o degradante, e la sua compatibilità con l'art. 3 CEDU deve essere vagliata, in concreto, alla stregua di "delle specifiche condizioni, del grado di severità della misura, della sua durata, dell'obiettivo perseguito e del suo effetto sulla persona in questione"⁵⁴⁹.

A partire da tale consolidato orientamento interpretativo, e senza mai dimenticare la pressante esigenza di garantire la sicurezza imposta dall'elevata pericolosità sociale dei

le considerazioni di Commissione EDU dec. 12 luglio 1978, *Bonzi c. Svizzera*, p. 125 ss.: "La Commission a déjà indiqué que l'isolement cellulaire prolongé n'était guère souhaitable, surtout lorsque la personne est en détention préventive. Toutefois, pour décider si une telle mesure peut, dans un cas particulier, tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention, il y a lieu d'avoir égard à sa rigueur, à sa durée ainsi qu'à l'objectif poursuivi".

⁵⁴⁶ J. MURDOCH, *Le traitement des détenus. Critères européens*, cit., p. 273; N. RODLEY, M. POLLAR, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford, 2009, p. 402 ss.

⁵⁴⁷ Per analoghe considerazioni, con specifico riferimento al regime di cui all'art. 41-bis c. 2 ord. penit si veda M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, cit., p. 271.

⁵⁴⁸ Corte EDU, sent. 4 febbraio 2003, *Van der Ven c. Paesi Bassi*, § 51: "The Court has previously held that complete sensory isolation, coupled with total social isolation, can destroy the personality and constitutes a form of inhuman treatment which cannot be justified by the requirements of security or any other reason. On the other hand, the removal from association with other prisoners for security, disciplinary or protective reasons does not in itself amount to inhuman treatment or degrading punishment. In assessing whether such a measure may fall within the ambit of Article 3 in a given case, regard must be had to the particular conditions, the stringency of the measure, its duration, the objective pursued and its effects on the person concerned".

⁵⁴⁹ Si tratta di un orientamento oggi del tutto stabilizzato e a cui ha contribuito a gettare le basi – sin dalla fine degli anni settanta – la giurisprudenza della Commissione EDU a partire da una famosa decisione riguardante i ricorsi proposti da alcuni esponenti del gruppo terroristico tedesco *Rote Armée Fraktion*, sottoposti a regime di isolamento in carceri di massima sicurezza in Germania occidentale (con severe limitazioni - ma non assoluto divieto - di contatti con gli altri detenuti e con l'esterno), cfr. Dec., 8 luglio 1978, *Ensslin, Baader e Raspe c. Germania*, pp. 84 ss. Una breve rassegna della giurisprudenza convenzionale in materia mette in luce comunque la grande prudenza della Corte EDU nel ritenere fondate le doglianze sollevate in merito all'asserito carattere inumano e degradante dei regimi differenziati; la Corte ha ad esempio negato che costituissero trattamento inumano o degradante il mantenimento di un detenuto in totale isolamento per un periodo di soli quindici giorni (sent., 2 luglio 2001, *Valasinas c. Lituania*, § 112 ss.); l'assoggettamento a limitazioni e controlli dei contatti umani e sociali all'interno del luogo di detenzione e con il mondo esterno (sent. 4 febbraio 2003, *Van der Ven c. Paesi Bassi*, § 52 ss.); il divieto di contatti con altri detenuti motivato da ragioni di sicurezza, accompagnato da forti limitazioni dei contatti con l'esterno (sent. 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, § 190 ss.). In altra occasione, la Corte non ha attribuito rilevanza neanche alla durata della misura, negando la violazione dell'art. 3 CEDU perfino in un caso in cui la sottoposizione di un detenuto a un regime di relativo isolamento sociale si era protratta per ben otto anni e due mesi.

destinatari del regime differenziato, la Corte si è così pronunciata in diverse occasioni in merito alla legittimità convenzionale delle restrizioni imposte ai sensi dell'art. 41-bis c. 2 ord. penit., ritenendo nel merito sempre infondate le doglianze relative all'asserito carattere inumano o degradante di tale regime, "anche se applicato continuativamente per numerosi anni o nei confronti di individui in precarie condizioni di salute"⁵⁵⁰. Più in particolare, i giudici europei non hanno ritenuto oltrepassata la soglia minima di gravità richiesta ai fini dell'applicazione del divieto convenzionale dal momento che le limitazioni ai contatti e alle comunicazioni dei detenuti al "41-bis" comportano un "isolamento sociale relativo" e non trasformano perciò la detenzione in trattamento inumano e degradante⁵⁵¹. D'altro canto, neppure la durata del trattamento è sin qui parsa sufficiente a far attingere alla detenzione speciale la soglia di gravità richiesta, anche se resta sullo sfondo l'eventualità di un possibile *revirement* indotto dal significativo aumento del periodo di sospensione del trattamento introdotto con la legge 15 luglio 2009, n. 49⁵⁵². In prospettiva, inoltre, potrebbero pesare sul giudizio della Corte le prese di posizione del CPT⁵⁵³, il quale pur senza entrare nel merito del carattere inumano o degradante riservato ai detenuti in "41-bis", si è però a più riprese pronunciato negativamente su di esso, manifestando in particolare la preoccupazione che il regime in parola possa essere utilizzato esclusivamente

⁵⁵⁰ E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario*, cit., p. 752; sul punto vedi anche P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 324 ss.; C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Rass. penit. crimin.*, 2004, p. 197 ss.

⁵⁵¹ Si vedano tra le più significative pronunce di infondatezza, merita di essere ricordata, da ultimo, Corte EDU, sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, § 55 ss. nella quale la Corte ha ritenuto che il trattamento non avesse superato l'inevitabile livello di sofferenza connaturato alla detenzione, malgrado le precarie condizioni di salute del ricorrente, stimando in particolare "che le autorità nazionali abbiano adempiuto il proprio obbligo di tutelare l'integrità fisica del ricorrente, seguendo attentamente l'evoluzione del suo stato di salute, non solo somministrandogli, all'interno della struttura carceraria, le cure mediche necessarie, ma anche concedendo allo stesso gli arresti domiciliari e disponendo il suo ricovero in un ospedale civile, quando l'aggravamento del suo stato di salute lo ha richiesto". I giudici europei, nel valutare, poi, nello specifico, la compatibilità del regime speciale previsto dall'art. 41-bis con le peculiari condizioni di salute del ricorrente, pur riconoscendo che, in linea di principio, l'applicazione prolungata di certe misure restrittive possa per un detenuto rappresentare un "trattamento inumano e degradante", riconoscono che, nella fattispecie in esame, le restrizioni imposte al ricorrente fossero necessarie allo scopo di impedire allo stesso di riallacciare i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza; cfr. inoltre sent. 19 gennaio 2009, *Montanic c. Italia*; sent. 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia*, § 12 ss.; e inoltre sent. 11 luglio 2006 *Campisi c. Italia*, § 36 ss.; sent. 15 gennaio 2008, *Bagarella c. Italia*, § 30 ss.; 4 marzo 2008, *Cavallo c. Italia*, § 28 ss.; sent., 27 marzo 2008, *Guidi c. Italia*, § 32 ss.; sent. 17 luglio 2008, *De Pace c. Italia*, § 30 ss.

⁵⁵² P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 325; con riferimento alla durata del periodo di isolamento come fattore capace di determinare la contrarietà del regime differenziato all'art. 3 CEDU, si vedano le pronunce richiamate in A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 225 ss.

⁵⁵³ Evidenziano il ruolo dell'attività ispettiva del CPT ai fini dell'evoluzione della giurisprudenza europea sul 41-bis E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario*, cit., p. 752; C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 208 ss. e in particolare p.

come "mezzo per esercitare una pressione psicologica al fine di costringere i detenuti a cooperare col sistema giudiziario"⁵⁵⁴.

Allo stato, dunque, le sole violazioni accertate dalla Corte riguardano non il regime del "41-bis" nel suo complesso, ma le conseguenze, dirette e indirette, derivanti dalla sua applicazione⁵⁵⁵. Per un verso, come vedremo, gli organi di Strasburgo hanno avuto occasione di stigmatizzare la disciplina delle restrizioni alla corrispondenza imposte nei confronti dei detenuti sottoposti a regime differenziato⁵⁵⁶; per altro verso, si è accertata la responsabilità delle autorità italiane in relazione a taluni episodi di maltrattamento fisico perpetrati dal personale di custodia nei confronti di ristretti al "41-bis"⁵⁵⁷. Nei notissimi casi *Labita* e *Indelicato*, la giurisprudenza EDU ha avuto in effetti il merito di squarciare il velo che copriva le reali condizioni a cui erano costretti i detenuti reclusi nelle carceri di Pianosa e dell'Asinara, teatro di continui abusi, maltrattamenti e altre pratiche degradanti⁵⁵⁸. A ben vedere, tuttavia, complice l'estrema difficoltà di provare in concreto le doglianze relative a violenze fisiche subite dai detenuti, la Corte europea ha riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU nei soli casi di accertata inosservanza dell'obbligo

⁵⁵⁴ Sul punto si veda da ultimo, CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012*; il CPT "has repeatedly emphasised that a special security regime which entails severe restrictions on prisoners in terms of socialisation with other inmates and contact with the outside world may have harmful effects, and even more so when the prisoners concerned are held under such conditions for prolonged periods. Therefore, in order to counteract potentially harmful effects it is essential that a balance be struck between the legitimate interests of society and the provision of a regime which offers adequate human contact to the prisoners concerned [...] The Committee calls upon the Italian authorities to take the necessary steps to ensure that all prisoners subjected to the "41-bis" regime are: - provided with a wider range of purposeful activities and are able to spend at least four hours per day outside their cells together with the other inmates of the same living unit; - granted the right to accumulate unused visit entitlements; - allowed to make telephone calls more frequently, irrespective of whether they receive a visit during the same month".

⁵⁵⁵ Circa la compatibilità con l'art. 3 CEDU del regime di sorveglianza particolare 14-bis ord. penit., si vedano le pronunce richiamate da G. MANNOZZI, *Diritti dichiarati e diritti violati*, cit., p. 365.

⁵⁵⁶ Corte EDU, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, § 175 ss.; 28 settembre 2000, *Messina c. Italia* (n. 2), § 75 ss.; 21 dicembre 2000, *Rinzivillo c. Italia*, § 25 ss.; 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*, § 35 ss.; 20 luglio 2001, *Di Giovine c. Italia*, § 20 ss.

⁵⁵⁷ Corte EDU, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia* § 130 ss.; sent. 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia* § 36 ss.; in argomento si legga A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 226 ss.

⁵⁵⁸ Nel caso *Labita* il ricorrente "sarebbe stato sovente schiaffeggiato e percosso, sarebbe stato colpito alle dita, alle ginocchia e ai testicoli. Avrebbe dovuto subire ispezioni corporali durante la doccia e sarebbe rimasto ammanettato durante visite mediche. Le sue proteste erano inutili, addirittura controproducenti: una volta, avendo protestato perché gli agenti di custodia gli avevano strappato i vestiti, sarebbe stato minacciato, insultato e percosso da uno di essi. La sua protesi dentaria e i suoi occhiali sarebbero stati danneggiati e gli sarebbe stata rifiutata la possibilità di farli riparare, circostanze attestate dai referti medici", Corte EDU, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, § 29. Tali pratiche di illegalità diffusa (insieme agli elevatissimi costi di mantenimento rispetto a più moderni stabilimenti situati "sul continente") sono all'origine della progressiva dismissione degli istituti di Pianosa e Asinara; paiono allora davvero sconcertanti le posizioni di coloro i quali, in tempi recenti, hanno proposto la riapertura dei citati istituti di pena al dichiarato fine di inasprire il trattamento nei confronti degli imputati e dei condannati per reati di terrorismo e mafia; cfr. N. GRATTERI, *Programma di un quasi ministro*, in *Micromega*, n. 7, 2014.

"procedurale" di condurre indagini effettive e adeguate in merito ai maltrattamenti lamentati dal ricorrente. Da ultimo, la Corte ha ritenuto fondati i ricorsi presentati da alcuni detenuti ristretti al "regime di carcere duro" che lamentavano l'inosservanza del termine legale di dieci giorni previsto dall'art. 41-bis c. 2-sexies ord. penit. per decidere sul reclamo opposto al decreto ministeriale di sospensione del trattamento, riscontrando una violazione dell'art. 13 CEDU ovvero, secondo la giurisprudenza più recente, dell'art. 6 CEDU⁵⁵⁹.

Non meno problematico, all'evidenza, è il ricorso alle perquisizioni personali, come visto assai criticabilmente ricondotto dalla nostra Corte costituzionale tra le modalità del trattamento "potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione". Più attenta alle rilevanti implicazioni di tale pratica sul piano della residua libertà del detenuto sembra essere invece la Corte EDU, la quale si è in tempi recenti pronunciata nel senso dell'"illegittimità convenzionale" di talune forme di interventi *in corpore*. Con maggior chiarezza rispetto alla giurisprudenza in tema di regimi speciali, sembra qui emergere un riferimento – quasi sempre implicito – alla proporzionalità della misura adottata, e in particolare alla sua stretta necessità a soddisfare esigenze di sicurezza interna ed esterna⁵⁶⁰. In questa prospettiva la Corte ha quindi qualificato come trattamento degradante le perquisizioni imposte al detenuto in modo rutinario e costante, in assenza di qualsiasi giustificato motivo di sicurezza e in aggiunta a ulteriori restrizioni derivanti dal particolare regime di detenzione a cui l'interessato risultava sottoposto⁵⁶¹. Tali pratiche, protrattesi per un periodo di circa tre anni e mezzo, finivano infatti per attentare alla dignità della persona, suscitando sentimenti di angoscia e inferiorità tali da trasformare gli interventi in vere e proprie umiliazioni per il detenuto. Vero è peraltro che, al pari di qualsiasi doglianza relativa a maltrattamenti fisici, anche i ricorsi in tema di *fouille corporelles* appaiono estremamente difficili da provare in concreto⁵⁶²; circostanza, questa, che ha portato i giudici europei a ritenere assai spesso inammissibili o infondate le doglianze concernenti perquisizioni sul corpo del detenuto suscettibili di ledere la dignità⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Corte EDU, sent. 30 ottobre 2003, *Ganci c. Italia*, § 19 ss.; sent. 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, § 32 ss.; sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, § 71 ss.

⁵⁶⁰ J. MURDOCH, *Le traitement des détenus. Critères européens*, cit., p. 271; E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario*, cit., p. 752; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, cit., p. 225 ss.

⁵⁶¹ Corte EDU, sent. 4 febbraio 2003, *Van der Ven c. Paesi Bassi*, § 46 ss.; sent. 4 febbraio 2003, *Lorsé e altri c. Paesi Bassi*, § 58 ss.

⁵⁶² E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario*, cit., p. 753.

⁵⁶³ Corte EDU, sent. 13 novembre 2007, *Attanasio c. Italia*; sent. 4 marzo 2008, *Cavallo c. Italia*, § 31.

4. *Il diritto alla salute del detenuto: dal neminem laedere all'obbligo di predisporre cure mediche adeguate.*

Strettamente connesso alla dignità della persona, è il diritto del detenuto alla salute e all'integrità psico-fisica. A questo proposito, non si può fare a meno di constatare come la Convenzione non contenga alcuna disposizione intesa a salvaguardare espressamente la salute della persona, lasciando così un vuoto di tutela che la Corte EDU è stata chiamata a colmare riconducendo progressivamente tale prerogativa all'alveo dei diritti garantiti dalla Convenzione⁵⁶⁴. Il diritto alla salute è stato infatti, via via, declinato quale corollario del diritto alla vita, del diritto al rispetto della vita privata e familiare e, soprattutto, del divieto di trattamenti inumani e degradanti⁵⁶⁵, vera e propria "norma cardine per la tutela psico-fisica dell'individuo" in stato di detenzione⁵⁶⁶. Più in particolare gli organi di Strasburgo, in applicazione del principio per cui la detenzione non priva la persone dei diritti garantiti dal sistema convenzionale, sono giunti a delineare, a partire dall'art. 3 CEDU, un generale diritto del detenuto alla salute, a cui corrispondono obblighi negativi e positivi⁵⁶⁷ per lo Stato contraente. Anche con riferimento alle lesioni del diritto in discorso, peraltro, la concreta operatività della disposizione pattizia – e con essa l'accertamento della responsabilità dello Stato per la violazione contestata – appare ancorata al raggiungimento di una soglia minima di gravità, impossibile da individuare in astratto poiché per sua natura relativa dipendente dagli elementi della causa (durata del trattamento, sofferenze inflitte, età e condizioni di salute del ricorrente, sesso ecc.)⁵⁶⁸. A fini ricostruttivi, sembra

⁵⁶⁴ L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crimin.*, 2012, p. 216; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2003, p. 169.

⁵⁶⁵ In particolare rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 8 CEDU, ricadono nella sfera di protezione dell'art. 8 condizioni di detenzione senza dubbio pregiudizievoli della salute ma non così gravi da integrare pene o trattamenti inumani e degradanti vietati dall'art. 3 CEDU; cfr. L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, cit., 2012, p. 213 ss. e in particolare p. 216. In giurisprudenza, cfr. Corte EDU, sent. 16 dicembre 1997, *Raninen c. Finlandia*, § 63.

⁵⁶⁶ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, cit., p. 214.

⁵⁶⁷ Con riferimento alla teoria degli obblighi positivi elaborata dalla Corte in via interpretativa e tendente a riconoscere in capo agli Stati contraenti il generale dovere di adottare le misure necessarie a tutelare in modo effettivo i diritti garantiti dalla Convenzione, cfr., per tutti, A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., p. 126 ss.; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 248. Per un'ampia analisi della giurisprudenza della Corte sugli obblighi positivi con specifico riferimento ai diversi diritti garantiti dalla Convenzione, cfr. A. MOWBRAY, *The development of positive obligations on human rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004; nonché D. XENOS, *The positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London, 2012, in particolare p. 111 ss.

⁵⁶⁸ Corte EDU, sent. 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, § 30: "In the Court's view, in order for a punishment to be "degrading" and in breach of Article 3 (art. 3), the humiliation or debasement involved must attain a particular level and must in any event be other than that usual element of humiliation referred to in the preceding subparagraph. The assessment is, in the nature of things, relative: it depends on all the

comunque opportuno prendere le mosse da quegli obblighi negativi che impongono allo Stato di astenersi dal porre in essere trattamenti idonei a ledere l'integrità fisica e psichica della persona detenuta.

A tale riguardo, infatti, viene in rilievo quell'ampia fenomenologia di comportamenti (violenze, maltrattamenti, abusi) che la Corte riconduce, di regola, entro l'area del divieto di cui all'art. 3 CEDU qualificandoli, in ragione del diverso grado di lesività in concreto assunto, quale tortura, trattamenti inumani o trattamenti degradanti. Come è stato correttamente evidenziato, del resto, le ipotesi di violenza fisica non sollevano problemi dal punto di vista della loro classificazione giuridica⁵⁶⁹, suscitando invece plurime difficoltà dal punto di vista del loro concreto accertamento. Ben si comprende allora perché, al fine di aggirare l'ostacolo, la Corte tenda sempre più sovente ad accontentarsi di elementi di prova idonei a far "sospettare" dell'avvenuta violazione del diritto,⁵⁷⁰ ponendo così in capo allo Stato una presunzione di responsabilità in merito alla attribuibilità ai suoi organi⁵⁷¹ (di regola gli agenti di custodia) delle lesioni denunciate dal detenuto⁵⁷². Più complesso, invece stabilire i limiti all'uso legittimo della forza consentito agli operatori di pubblica sicurezza nell'ambito della detenzione carceraria; non è infrequente infatti che le specifiche previsioni legislative sul punto si limitino a indicare dei presupposti così generici (basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 41 ord. penit.) da rendere in concreto assai laborioso l'accertamento di un eventuale abuso. A tal proposito, esulando in parte dalla materia penitenziaria, è certamente utile rammentare

circumstances of the case and, in particular, on the nature and context of the punishment itself and the manner and method of its execution". Nello stesso senso, da ultimo, Corte EDU, sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*; sent. 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, § 95; sent. 1 giugno 2010, *Gafgen c. Germania*.

⁵⁶⁹ E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in 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*, cit., p. 13.

⁵⁷⁰ E. NICOSIA, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in 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*, cit., p. 14.

⁵⁷¹ Corte EDU, sent. 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*, § 115 "La Cour ne peut se rallier à cette thèse. Elle n'estime pas devoir examiner le système et les modalités de la garde à vue en France, ni en l'occurrence la durée et la fréquence des interrogatoires du requérant. Il lui suffit de noter que les certificats et rapports médicaux, établis en toute indépendance par des praticiens, attestent de l'intensité et de la multiplicité des coups portés à M. Tomasi; il y a là deux éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant. Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne"; sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, § 95. Da ultimo, cfr. Corte EDU, sent. 24 giugno 2014, *Alberti c. Italia*, § 2.

⁵⁷² Al ricorrente spetterà invece fornire la prova, oltre ogni ragionevole dubbio delle lesioni asseritamente subite (facendo ricorso per lo più ai referti medici); cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, cit., p. 226.

come la Corte EDU nel caso *Sarigiannis*⁵⁷³, abbia posto l'accento sui requisiti di "necessità" e "proporzionalità" che debbono sorreggere il legittimo uso della forza nei confronti delle persone private della libertà personale. Si tratta, è opportuno evidenziarlo, di un precedente destinato ad avere significative ricadute sul piano del diritto interno, se è vero che la disciplina penitenziaria omette tuttora qualsiasi riferimento alla proporzionalità degli interventi sul corpo del detenuto da parte degli organi di polizia penitenziaria⁵⁷⁴.

La tutela del diritto alla salute, tuttavia, finirebbe per risultare frustrata se non incombesse in capo allo Stato un obbligo di attivarsi per garantirne il pieno esercizio anche a quanti si trovano privati della libertà personale. Si tratta di un adempimento che pare tanto più indispensabile ove si consideri l'intrinseca vulnerabilità delle persone detenute e il rischio che le privazioni imposte dalle esigenze di custodia possano incidere negativamente sulla salute psico-fisica del detenuto. Anche per questo motivo la Corte, facendo leva sugli obblighi positivi ricavati in via interpretativa dall'art. 3 CEDU, è giunta a enucleare un generale dovere di presa in carico dello stato di salute del detenuto da parte delle competenti autorità nazionali, chiamate in particolare a predisporre trattamenti e cure mediche adeguate⁵⁷⁵. Si tratta di un evidente corollario dell'ormai consolidato principio secondo cui è obbligo dello Stato garantire condizioni detentive che assicurino il rispetto della dignità umana, evitando di sottoporre l'interessato a uno stress o a una prova la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenze inerente alla detenzione⁵⁷⁶. Spetta cioè alle autorità penitenziarie garantire che "la salute e il benessere del detenuto siano assicurati in modo adeguato, in particolare tramite la somministrazione delle cure mediche richieste". La tutela del diritto alla salute nella sua dimensione positiva viene così attratta nella sfera di applicazione dell'art. 3 CEDU e la sua inosservanza può fondare la

⁵⁷³ Corte EDU, sent. 5 aprile 2011, *Sarigiannis c. Italia*, § 53 "quando un individuo si trova privato della libertà, l'uso della forza fisica che non risulti strettamente necessario alla luce del comportamento di tale individuo, lede la dignità umana e costituisce, in linea di principio, una violazione del diritto sancito dall'art. 3 [...]. Parimenti, la Corte ha rilevato che l'art. 3 CEDU, pur non vietando il ricorso alla forza da parte degli agenti di polizia durante un fermo per accertamenti, assoggetta tale uso della forza a specifici requisiti di proporzione e necessità alla luce delle circostanze del caso".

⁵⁷⁴ In questo senso, S. CARNEVALE, *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni attorno agli abusi sulle persone private della libertà personale*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, p. 207 ss. e in particolare p. 219. Con riferimento a una possibile interpretazione conforme alla Convenzione dell'art. 53 c.p. a partire proprio da tale arresto giurisprudenziale cfr. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 287 ss.

⁵⁷⁵ Commissione EDU, sent. 8 luglio 1993, *Hurtado c. Svizzera*, § 79.

⁵⁷⁶ Corte EDU, sent. 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, § 94 secondo la quale, in base all'art. 3 CEDU, "the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance". Cfr. altresì Corte EDU, sent. 28 marzo 2006, *Melnik c. Ucraina*, § 104 ss.; sent. 6 settembre 2007, *Kucheruk c. Ucraina*, § 147 ss.

responsabilità dello Stato ove, a causa della mancanza o della inadeguatezza delle cure⁵⁷⁷, la situazione lesiva oltrepassi la soglia di gravità che trasforma la pena in trattamento inumano e degradante⁵⁷⁸.

Per vero, la Corte non ha mancato di specificare in modo più analitico il contenuto del dovere positivo gravante sullo Stato, articolandolo chiaramente in tre distinte obbligazioni: l'obbligo di verificare che lo stato di salute del detenuto sia compatibile con l'esecuzione della pena; l'obbligo di somministrare a quest'ultimo le cure mediche necessarie; l'obbligo di adattare le condizioni detentive allo stato di salute della persona⁵⁷⁹. Il primo tra i doveri citati si lega dunque al requisito della compatibilità dello stato di detenzione con le condizioni di salute del recluso, requisito imprescindibile per garantire che l'esecuzione della pena si svolga nella della dignità del condannato. A ben vedere, tuttavia, anche laddove il detenuto risulti affetto da una malattia particolarmente grave l'incompatibilità con lo *status detentionis* non sembrerebbe implicare necessariamente l'obbligo di rimessione in libertà o di trasferimento presso un ospedale civile⁵⁸⁰. Stando alla giurisprudenza EDU, infatti, il differimento dell'esecuzione penale risulterebbe una scelta obbligata soltanto qualora lo stato di salute del recluso rivelasse una vulnerabilità tale da farne ritenere la condizione assolutamente incompatibile con il proseguimento della detenzione⁵⁸¹. Al di là di ciò, la giurisprudenza di Strasburgo pare comunque assai ricca di casi in cui il quadro clinico del condannato è stato ritenuto inconciliabile con la

⁵⁷⁷ Corte EDU, sent. 5 aprile 2005, *Nevmerzhitsky c. Ucraina*, § 105 ss.

⁵⁷⁸ D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crimin.*, 2013, p. 159.

⁵⁷⁹ Corte EDU, sent. 19 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*, § 73 ove poggiando sui propri precedenti la Corte ha chiarito che "le devoir de soigner la personne malade au cours de sa détention met à la charge de l'Etat les obligations particulières de veiller à ce que le détenu soit capable de purger sa peine, de lui administrer les soins médicaux nécessaires et d'adapter, le cas échéant, les conditions générales de détention à la situation particulière de son état de santé".

⁵⁸⁰ Corte EDU, sent. 14 novembre 2002, *Mousel c. Francia*, § 40: "Although Article 3 of the Convention cannot be construed as laying down a general obligation to release detainees on health grounds, it nonetheless imposes an obligation on the State to protect the physical well-being of persons deprived of their liberty, for example by providing them with the requisite medical assistance (see *Hurtado v. Switzerland*, judgment of 28 January 1994, Series A no. 280-A, opinion of the Commission, pp. 15-16, § 79)"; sent. 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, § 74. Sul punto vedi D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, cit., p. 159.

⁵⁸¹ Sul punto cfr. L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, cit., p. 221. Corte EDU, sent. 20 gennaio 2009, *Slawomir Musial c. Polonia*, § 86 ove la Corte ritiene violato l'art. 3 CEDU per via dell'effetto cumulativo di "inadequate medical care and inappropriate conditions in which the applicant was held throughout his pre-trial detention". I giudici precisano anche che "Article 3 of the Convention cannot be interpreted as laying down a general obligation to release a detainee on health grounds or to transfer him to a civil hospital, even if he is suffering from an illness that is particularly difficult to treat", tuttavia, "this provision does require the State to ensure that prisoners are detained in conditions which are compatible with respect for human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject them to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, their health and well-being are adequately secured by, among other things, providing them with the requisite medical assistance".

prosecuzione della pena in carcere e dunque incompatibile con l'art. 3 CEDU. In questo senso, da ultimo, la condanna pronunciata nei confronti dell'Italia nel caso *Contrada*, ove la Corte ha ritenuto violato il divieto in esame per via della tardiva concessione della detenzione domiciliare surrogatoria a un detenuto cui erano state diagnosticate numerose patologie gravi e a cui la magistratura di sorveglianza aveva negato, per più di sette volte, la possibilità di scontare la pena presso il domicilio⁵⁸².

Quanto alla seconda delle obbligazioni imposte a tutela della salute del detenuto essa si è tradotta, nella prassi giurisprudenziale, in un puntuale controllo sull'effettiva assistenza e cura prestata alla persona detenuta dalle autorità competenti, chiamate a garantire il benessere e l'integrità psico-fisica della persona sia in fase di diagnosi sia in fase di trattamento della patologia, assicurando la somministrazione della terapia prescritta dai medici⁵⁸³. Tale obbligo spetta in prima battuta all'amministrazione penitenziaria, anche se la Corte ha di recente precisato come il compito di tutelare l'integrità fisica della persona *in vinculis* gravi sulle autorità nazionali nel loro complesso, con conseguente obbligo per lo Stato di organizzare i propri servizi in modo da evitare ritardi nella predisposizione di prestazioni ed esami medici a beneficio dei detenuti⁵⁸⁴. Come detto, comunque, la Corte ritiene contraria all'art. 3 CEDU la mancata predisposizione di cure adeguate, valutando l'esatto adempimento di tale prestazione alla stregua del concreto stato di salute del detenuto⁵⁸⁵. Per questo motivo, nonostante la Corte abbia affermato in termini generali che per verificare l'adempimento dell'obbligazione convenzionale occorre guardare alla diligenza e alla celerità con cui le autorità nazionali vi hanno dato seguito, il giudizio in merito alla responsabilità dello Stato appare sempre fatalmente ancorato alle circostanze del caso concreto. Più in particolare, seguendo un'impostazione oltremodo restrittiva, gli organi di Strasburgo escludono la violazione del divieto convenzionale ove non risulti accertato un nesso tra le negligenze delle autorità statali e il decorso della patologia del detenuto⁵⁸⁶. È quanto avvenuto da ultimo nel caso *Prestieri* in cui, malgrado il ritardo con

⁵⁸² Corte EDU, sent. 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), § 79 ss.

⁵⁸³ D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, cit., p. 161; V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014, p. 9 ss.

⁵⁸⁴ Corte EDU, sent. 22 aprile 2014, *G. C. c. Italia*, § 59: "il appartenait à l'État d'organiser ses différents services et branches de manière à protéger de façon adéquate et efficace l'intégrité physique et psychique du requérant".

⁵⁸⁵ Corte EDU, sent. 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia* § 69 ss. In argomento, vedi A. GILIBERTO, *La Corte di Strasburgo condanna ancora l'Italia per gli insufficienti standard di assistenza sanitaria in carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2012.

⁵⁸⁶ Corte EDU, sent. 12 giugno 2008, *Kotsaftis c. Grecia*, § 53,

cui le autorità italiane hanno provveduto a tutelare la salute del ricorrente, la Corte ha escluso che la negligenza accertata avesse avuto l'effetto di esporre a un pericolo concreto lo stato di salute del ricorrente⁵⁸⁷.

Viceversa, nel caso *Cara-Damiani*, l'impossibilità di assicurare tra le mura del carcere i trattamenti fisioterapici richiesti, aveva portato a constatare un aggravamento delle condizioni di salute del ricorrente tale da rendere indispensabile un'operazione chirurgica. Più in particolare, richiamando le considerazioni formulate dal CPT in una visita presso la sezione disabili del carcere di Parma (ove il ricorrente si trovava recluso), i giudici europei evidenziavano come, a fronte del costante aumento della popolazione detenuta e della progressiva riduzione degli stanziamenti agli istituti di pena, i trattamenti sanitari garantiti all'interno di tale struttura avessero finito per rivelarsi del tutto inadeguati rispetto allo standard delle prestazioni di cui il ricorrente avrebbe potuto beneficiare all'esterno⁵⁸⁸. Analogamente, nel caso *Scoppola (n. 4)*, la Corte ha ritenuto che la presenza all'interno del carcere di Parma di una sezione speciale destinata ad accogliere i portatori di handicap non fosse sufficiente, di per sé ad escludere l'inadeguatezza delle prestazioni mediche ivi fornite al detenuto, stigmatizzando i continui ritardi dell'amministrazione nell'offrire valide alternative alle insufficienti strutture intramurarie⁵⁸⁹. Per vero, in entrambi i casi citati il giudizio sulla qualità delle prestazioni mediche in concreto offerte sembra del tutto inseparabile dall'apprezzamento della particolare condizione di salute dei ricorrenti, affetti da problemi motori e, di fatto, incapaci di muoversi autonomamente. I giudici di Strasburgo ribadiscono infatti che il mantenimento in detenzione di una persona

⁵⁸⁷ Corte EDU, sent. 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*, § 76 ss.; D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, cit., p. 164. Vedi altresì, sent. 5 marzo 2013, *Tellissi c. Italia* ove malgrado i ritardi nella presa in carico dello stato di salute del detenuto, che aveva dei problemi al ginocchio tali da renderlo invalido al 50%, la Corte aveva concluso per una non violazione dell'art. 3 della Convenzione, considerando i ritardi e le negligenze delle autorità statali non sufficienti ad integrare una violazione di tale disposizione.

⁵⁸⁸ Sul punto si vedano però le opinioni concorrenti dei giudici Jočienė, Berro-Lefèvre e Karakaş secondo i quali lo standard richiesto per le cure che lo Stato è tenuto a fornire ai detenuti non può essere "di un livello comparabile a quello che le autorità dello Stato sono tenute a fornire alla generalità della popolazione" ma, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, "deve tenere conto delle esigenze pratiche della carcerazione".

⁵⁸⁹ Corte EDU, sent. 17 luglio 2012, *Scoppola c. Italia (n. 4)*, § 51: "Cependant, force est de constater que cette structure s'est rapidement relevée inadaptée pour prendre en charge de façon adéquate le requérant, dont l'état de santé est particulièrement grave". "La Cour ne sous-estime pas les difficultés liées à la prise en charge de détenus atteints de pathologies telles que celles souffertes par le requérant. Néanmoins, elle considère que les raisons avancées par le Gouvernement pour justifier le maintien du requérant dans la prison de Parme dans des conditions portant atteinte à sa dignité humaine pendant plusieurs mois en dépit des avis contraires des experts et des juges de l'application des peines, ne sauraient ni dispenser l'Italie de ses obligations face aux détenus malades ni être imputées au comportement de l'intéressé". In senso analogo, si veda recentemente Corte EDU, sent. 9 settembre 2014, *Carrella c. Italia*.

tetraplegica, o comunque portatrice di gravi handicap, in condizioni inadatte al suo stato di salute costituisce di per sé un trattamento degradante⁵⁹⁰.

Da ultimo, con riferimento allo specifico obbligo per le autorità nazionali di adattare le condizioni detentive allo stato di salute della persona⁵⁹¹, la Corte esige che l'ambiente carcerario risulti adeguato alle necessità imposte dalla salute della persona detenuta, e ciò al fine di impedire che le modalità di esecuzione della pena siano tali da metterne a repentaglio l'"integrità morale". Tale prescrizione si risolve, in particolare, in un obbligo di attivarsi per rimuovere quegli ostacoli che impediscono alle persone affette da gravi handicap fisici di potere provvedere ai propri bisogni quotidiani⁵⁹². Non solo, come meglio vedremo, la tendenza che pare delinearsi è quella a un progressivo ampliamento dell'area di tutela dell'art. 3 CEDU alle ipotesi caratterizzate da inadeguate condizioni della detenzione: sempre più frequentemente, infatti, la Corte ravvisa una violazione del divieto convenzionale ove riscontri che il detenuto è stato recluso in un ambiente insalubre o comunque caratterizzato da condizioni igieniche inadeguate. Così ad esempio è stato ritenuto violato l'art. 3 CEDU in un caso in cui il detenuto risultava aver trascorso sette mesi di isolamento in una cella angusta, priva di areazione, acqua e luce naturale⁵⁹³. Una più attenta disamina della giurisprudenza di Strasburgo permette comunque di evidenziare come l'accertamento di una lesione del diritto alla salute provocata da condizioni detentive insoddisfacenti si accompagni, con sempre maggiore frequenza, al rilevante dato di un crescente sovraffollamento negli istituti di detenzione.

Più in particolare, al fine di accertare l'avvenuta violazione dell'art. 3 CEDU (e facendo tesoro delle prescrizioni contenute nelle Regole Penitenziarie Europee⁵⁹⁴), la Corte

⁵⁹⁰ Corte EDU, sent. 10 luglio 2001, *Price c. Regno Unito*, § 30; sent. 24 ottobre 2006, *Vincent c. Francia*, § 103; sent., 3 maggio 2007, *Hüseyin Yıldırım c. Turquia*, § 83. Con riferimento all'Italia, vedi sent. 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia* (n. 1), per cui si veda il commento di S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola di fronte alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 389 ss. Si tratta di un orientamento solo in parte contraddetto nei casi in cui ricorrente sia un soggetto socialmente pericoloso, cfr. al riguardo Corte EDU, sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ove nonostante le gravissime condizioni del ricorrente, tetraplegico e detenuto al regime del 41-bis, la Corte non ha riscontrato profili di incompatibilità con l'art. 3 CEDU.

⁵⁹¹ Corte EDU, sent. 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*, § 76: "En dernier lieu, pour ce qui est de la troisième obligation, la Cour exige que l'environnement carcéral soit adapté, si nécessaire, aux besoins spéciaux du détenu afin de lui permettre de purger sa peine dans des conditions qui ne portent pas atteinte à son intégrité morale. A ce jour, la Cour a déjà examiné des affaires portant sur la nécessité d'adopter des mesures particulières en prison afin de permettre à des détenus souffrant de handicaps physiques importants de satisfaire au quotidien leurs besoins personnels de manière conforme à la dignité".

⁵⁹² Corte EDU, sent. 24 ottobre 2006, *Vincent c. Francia*, § 104-114; sent. 10 luglio 2001, *Price c. Regno Unito*, § 29.

⁵⁹³ Corte EDU, sent. 18 marzo 2010, *Kouzman c. Russia*. Così anche sent. 12 giugno 2008 *Vlassov c. Russia*, 78146/01, § 84; sent. 21 giugno 2007 *Kantjyrev c. Russia*, § 50-51; sent. 29 marzo 2007 *Frolov c. Russia*, § 47-49; sent. 4 giugno 2006, *Siasios e altri c. Grecia*; sent. 16 giugno 2005, *Labzov c. Russia*, § 44.

⁵⁹⁴ La regola n. 18 delle Regole Penitenziarie Europee (raccomandazione n. 3 R(87)3) del Consiglio d'Europa) così recita: "1. I locali di detenzione e, in particolare, quelli destinati ad accogliere i detenuti durante la notte devono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana e, per quanto possibile, della

prende in considerazione, quali elementi di giudizio, la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici, l'aerazione disponibile, l'illuminazione, la qualità del riscaldamento ed il rispetto delle primarie esigenze sanitarie, ritenendo violato l'art. 3 CEDU laddove una o più di queste condizioni risultino insoddisfatte accrescendo così il grado di sofferenza imposto al detenuto; ciò, quanto meno, laddove l'assenza di uno spazio personale non sia a tal punto "flagrante" da integrare di per sé un trattamento inumano. Come vedremo nel prosieguo, infatti, la più recente elaborazione della Corte EDU ravvisa un contrasto con il divieto di trattamenti inumani nel solo fatto che al detenuto sia riservato uno spazio personale ritenuto oltremodo esiguo. Così nel caso *Sulejmanovic*, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu per il solo fatto che il ricorrente (detenuto nel carcere di Rebibbia) avesse a disposizione uno spazio personale di soli 2,7 metri quadri⁵⁹⁵, giungendo ad analoghe conclusioni anche nel caso *Buzhinayev* di poco successivo⁵⁹⁶. Più di recente, in occasione di alcune importanti sentenze pilota di cui si parlerà più diffusamente, la Corte EDU ha precisato che a ciascun detenuto spetta uno spazio disponibile non inferiore a 3 metri quadri in cella multipla, con l'effetto che, ove siffatto parametro non venga rispettato, non occorre considerare altri elementi per ritenere accertata una violazione dell'art. 3.

vita privata, e rispondere alle condizioni minime richieste in materia di sanità e di igiene, tenuto conto delle condizioni climatiche, in particolare per quanto riguarda la superficie, la cubatura d'aria, l'illuminazione, il riscaldamento e l'aerazione. 2. Nei locali in cui i detenuti devono vivere, lavorare o riunirsi: a. le finestre devono essere sufficientemente ampie affinché i detenuti possano leggere e lavorare alla luce naturale in condizioni normali e per permettere l'apporto di aria fresca, a meno che esista un sistema di climatizzazione appropriato ; b. la luce artificiale deve essere conforme alle norme tecniche riconosciute in materia ; e c. un sistema d'allarme deve permettere ai detenuti di contattare immediatamente il personale. 3. La legislazione nazionale deve definire le condizioni minime richieste relative ai punti elencati ai paragrafi 1 e 2. 4. Il diritto interno deve prevedere dei meccanismi che garantiscano il rispetto di queste condizioni minime, anche in caso di sovraffollamento carcerario. 5. Ogni detenuto, di regola, deve poter disporre durante la notte di una cella individuale, tranne quando si consideri preferibile per lui che condivida la cella con altri detenuti. 6. Una cella deve essere condivisa unicamente se è predisposta per l'uso collettivo e deve essere occupata da detenuti riconosciuti atti a convivere. 7. Se possibile, i detenuti devono poter scegliere prima di essere costretti a condividere una cella per dormire. 8. Nel decidere di alloggiare detenuti in particolari istituti o in particolari sezioni di un carcere bisogna tener conto delle necessità di separare: a. I detenuti imputati dai detenuti condannati; b. I detenuti maschi dalle detenute femmine; e c. I detenuti giovani adulti dai detenuti più anziani. 9. Si può derogare alle disposizioni del paragrafo 8 in materia di separazione dei detenuti per permettere loro di partecipare assieme a delle attività organizzate. Tuttavia i gruppi citati dovranno sempre essere separati durante la notte a meno che gli stessi interessati non consentano a coabitare e che le autorità penitenziarie ritengano che questa misura si iscriva nell'interesse di tutti i detenuti interessati. 10. Le condizioni di alloggio dei detenuti devono soddisfare le misure di sicurezza meno restrittive possibili e proporzionali al rischio che gli interessati evadano, si feriscano o feriscano altre persone".

⁵⁹⁵ Corte EDU, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, § 43: "Aux yeux de la Cour, le manque flagrant d'espace personnel dont le requérant a souffert est, en soi, constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant".

⁵⁹⁶ Corte EDU, sent. 15 ottobre 2009, *Buzhinayev c. Russia*, ove i giudici hanno ritenuto contrario all'art. 3 CEDU uno spazio personale pari, nei momenti di maggior sovraffollamento, a 3,4 metri quadri.

5. *Il diritto ai rapporti con il mondo esterno: proporzionalità e legalità delle restrizioni a colloqui e corrispondenza del detenuto.*

Prima di esaminare gli aspetti salienti della giurisprudenza poc'anzi citata, è tuttavia opportuno provare a ricostruire per sommi capi gli sviluppi dell'elaborazione giurisprudenziale in tema di diritto ai rapporti con il mondo esterno. Come la Corte EDU non ha mancato di sottolineare, infatti, il radicale isolamento del detenuto può, a talune condizioni, concretarsi in un vero e proprio trattamento inumano e degradante, impegnando la responsabilità dello Stato per violazione dell'art. 3 CEDU⁵⁹⁷. Sennonché, come pure si è avuto occasione di sottolineare in precedenza, la Corte EDU sembra essersi rivelata sempre estremamente prudente al riguardo, escludendo l'incompatibilità con il citato divieto persino laddove la restrizione dei contatti con il mondo esterno costitutiva solo una tra le varie limitazioni imposte da un più ampio regime di "carcere duro". Assai più ricca e interessante è dunque la giurisprudenza relativa alla compatibilità di siffatte restrizioni con l'art. 8 CEDU che garantisce il diritto alla vita privata e familiare e il diritto alla corrispondenza. Trattasi, del resto, di diritti a carattere relativo – perché non coperti dalla "clausola di inderogabilità" di cui all'art. 15 c. 2 CEDU – e per questo esposti a possibile contemperamento con esigenze contrapposte. Per l'effetto, la Convenzione ammette, a vario titolo, restrizioni dei diritti in discorso quale conseguenza della perdita della libertà personale ma, stando ai più recenti approdi della giurisprudenza di Strasburgo, non consente che ciò avvenga senza il rispetto delle "garanzie" indicate dall'art. 8 par. 2 CEDU.

Sotto il profilo dei contatti diretti con i familiari, infatti, la Corte pare ormai ferma nel pretendere che – al pari delle altre ingerenze nella vita privata e familiare – anche le restrizioni imposte ai colloqui siano previste dalla "legge", da intendersi nella sua accezione autonoma di fonte primaria e dotata dei requisiti qualitativi di prevedibilità e accessibilità. Il diritto interno deve cioè indicare con sufficiente chiarezza l'ambito e le modalità di esercizio del potere discrezionale conferito all'autorità competenti, così da garantire ai cittadini il livello minimo di protezione necessario in uno Stato di diritto⁵⁹⁸. Tanto premesso, sembrerebbe doversi ritenere tendenzialmente contraria al dettato

⁵⁹⁷ Corte EDU, sent. 8 luglio 2004, *Iliascu c. Moldavia*, § 424 ss.

⁵⁹⁸ Corte EDU, sent. 16 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, § 33: "In sum, the Italian Law does not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities, so that Mr Domenichini did not enjoy the minimum degree of protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society".

convenzionale una norma interna che ometta di definire – o definisca in modo eccessivamente vago – i presupposti per l'ammissione del detenuto ai colloqui con i familiari. Tale intuizione sembra confermata da alcune recenti sentenze relative alla "legittimità convenzionale" della disciplina penitenziaria in tema di colloqui in vigore in Polonia sino al 2009. Ad avviso della Corte infatti, le disposizioni in esame risultavano formulate in maniera troppo ampia finendo per conferire una discrezionalità pressoché illimitata all'autorità giudiziaria in merito all'*an* e al *quomodo* dell'ammissione ai colloqui. La legge nazionale si limitava in effetti a indicare le categorie di detenuti interessati dalle possibili restrizioni, omettendo qualsiasi riferimento ai motivi, alla durata e alle modalità di attuazione delle restrizioni stesse⁵⁹⁹.

Pur riferendosi a un diverso Stato contraente, le pronunce citate sembrano delineare un orientamento gravido di conseguenze anche per l'ordinamento italiano. Come si è avuto modo di vedere a suo tempo, infatti, ai sensi dell'art. 18 ord. penit. l'ammissione ai colloqui risulta ancora oggi subordinata all'adozione di provvedimenti autorizzatori rimessi all'ampia discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria ovvero, nel caso degli imputati, dell'autorità giudiziaria. In modo non dissimile, l'insufficiente determinatezza dei presupposti legislativi alle restrizioni del diritto ai colloqui rischia di rendere pressoché evanescente la giustificazione degli stessi, ponendo così in rotta di collisione la disciplina interna con il disposto dell'art. 8 par. 2 CEDU che vincola la legittimità delle restrizioni alla loro proporzionalità rispetto a uno degli scopi previsti dalla stessa disposizione. Un discorso almeno parzialmente diverso sembra doversi fare in merito all'adeguatezza delle limitazioni imposte ai detenuti sottoposti a regimi carcerari differenziati; rispetto a tali modalità esecutive, infatti, la giurisprudenza di Strasburgo rivela un atteggiamento decisamente più "morbido", come ben testimoniano le pronunce dedicate alle restrizioni ai colloqui familiari imposte nell'ambito del regime di "carcere duro" di cui all'art. 41-bis ord. penit.⁶⁰⁰ In questi casi la Corte ha infatti a più riprese riconosciuto che le restrizioni in questione, orientate a recidere i legami del detenuto con l'organizzazione criminale

⁵⁹⁹ Corte EDU, sent. 8 giugno 2010, *Gradek c. Polonia*, § 45: "The Court further notes that this provision, as applicable at the material time, gave the relevant authority (prosecutor or court) the power to grant permission for family visits in prison. The law, however, provided no details as regards the conditions for granting such permission, no guidance as to how the authorities might decide whether the prohibition of visiting rights was merited in a particular case, and what factors might be relevant to that decision. It further did not provide for a possibility to appeal against the refusal of visits. The decision was left to the authorities' absolute discretion". Cfr. altresì Corte EDU, sent. 19 gennaio 2010, *Wegera c. Polonia*; sent. 21 settembre 2010, *Mazgaj c. Polonia*.

⁶⁰⁰ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 326 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit. p. 753. C. MINNELLA, *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto*, cit., p. 215 ss.

d'origine, costituiscono misure "opportune e proporzionate" rispetto al legittimo scopo di contrastare la criminalità organizzata di tipo mafioso⁶⁰¹.

Quanto invece alle restrizioni e ai controlli imposti alla corrispondenza la Corte, dopo aver inizialmente affermato la tesi secondo cui le restrizioni dei diritti convenzionali sono una necessaria conseguenza della detenzione⁶⁰², pare ormai univoca nel ritenere ammissibili le sole limitazioni che, sul presupposto di una precisa e accessibile "base legale", comprimono il diritto in questione nei limiti necessari al perseguimento di uno degli scopi legittimi di cui all'art. 8 par. 2 CEDU. Più in particolare, con specifico riferimento alle persone detenute, la necessità di un'ingerenza nel diritto alla corrispondenza deve essere posta in relazione alle "normali e ragionevoli esigenze della detenzione"⁶⁰³; ne consegue che un certo controllo sulle comunicazioni epistolari o telefoniche dei detenuti non è di per sé incompatibile con la Convenzione, "ma l'ingerenza che ne risulta non deve eccedere quanto richiesto dallo scopo legittimo perseguito". Si delineano così chiaramente i presupposti entro cui deve trovare spazio l'intervento statale: da un lato la necessaria predeterminazione legale delle modalità e dei contenuti del provvedimento; dall'altro l'osservanza del canone di proporzionalità, che esclude il ricorso a misure immotivatamente restrittive e impone di procedere a un temperamento degli interessi in gioco. Con specifico riferimento a tale ultimo requisito, ad esempio, la Corte ha ritenuto che le restrizioni generalizzate imposte alle comunicazioni epistolari dirette ai familiari e ai congiunti del detenuto, sebbene rivolte al perseguimento di un fine legittimo

⁶⁰¹ Commissione EDU, dec. 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*; Corte EDU, sent. 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, § 59 ss.; sent. 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*, § 24 ss.; da ultimo, sent. 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia*. Nei casi citati la Corte ha in particolare ritenuto che l'ingerenza dell'autorità nella vita familiare e privata si rivelasse necessaria "in una società democratica, per la salute pubblica, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati".

⁶⁰² Commissione EDU, sent. 11 luglio 1967, *De Courcey c. Regno Unito*, in cui si afferma che "the limitation of the right of a detained person to conduct correspondence is a necessary part of his deprivation of liberty which is inherent in the punishment of imprisonment". Vedi per un'impostazione parzialmente diversa anche Commissione EDU, rapporto 19 luglio 1969 ove si legge che le limitazioni conseguenti alla detenzione "are not permissible except insofar as they are justified by the cause of such detention, provided always that the detention itself is in accordance with art. 5".

⁶⁰³ Cfr. Corte EDU, sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, § 45 "The Court accepts, moreover, that the "necessity" for interference with the exercise of the right of a convicted prisoner to respect for his correspondence must be appreciated having regard to the ordinary and reasonable requirements of imprisonment. The "prevention of disorder or crime", for example, may justify wider measures of interference in the case of such a prisoner than in that of a person at liberty. To this extent, but to this extent only, lawful deprivation of liberty within the meaning of Article 5 (art. 5) does not fail to impinge on the application of Article 8"); fatte tali premesse, tuttavia, la Corte ritiene che in concreto tali esigenze non rendessero necessario un provvedimento limitativo del diritto del detenuto a corrispondere con il proprio legale "In order to show why the interference complained of by Golder was "necessary", the Government advanced the prevention of disorder or crime and, up to a certain point, the interests of public safety and the protection of the rights and freedoms of others. Even having regard to the power of appreciation left to the Contracting States, the Court cannot discern how these considerations, as they are understood "in a democratic society", could oblige the Home Secretary to prevent Golder from corresponding with a solicitor with a view to suing Laird for libel".

non potessero considerarsi necessarie, essendo possibile anche una valutazione caso per caso⁶⁰⁴. In genere, comunque, la giurisprudenza EDU sembra incline a escludere l'adeguatezza di misure restrittive a carattere rutinario⁶⁰⁵, specie ove esse riguardino lettere indirizzate ai membri della famiglia, beneficiaria di un vero e proprio *favor* da parte dei giudici di Strasburgo⁶⁰⁶.

Resta inteso che una speciale cautela deve essere prestata alla corrispondenza rivolta al difensore, dal momento che siffatte comunicazioni svolgono l'essenziale funzione di consentire al detenuto di difendersi adeguatamente, risultando perciò tutelate anche ai sensi dell'art. 6 CEDU⁶⁰⁷. Analoghi benefici debbono essere accordati alle missive indirizzate a organismi internazionali e ad altri operatori del diritto⁶⁰⁸, mentre sulle autorità penitenziarie grava un obbligo positivo di attivarsi per predisporre i mezzi necessari a garantire un pieno esercizio del diritto alla corrispondenza⁶⁰⁹. La Corte ha infine declinato il requisito della necessaria predeterminazione legislativa del provvedimento restrittivo, chiarendo come tale interferenza debba risultare da una previsione normativa *accessibile* e formulata in modo sufficientemente *preciso*, tale da consentire ai consociati di orientare in modo conseguente il proprio comportamento⁶¹⁰. Quest'ultimo requisito pare logicamente imposto anche dalla necessità di permettere un sindacato giurisdizionale sul provvedimento restrittivo⁶¹¹, legando così le condizioni di legittimità dell'interferenza nella vita privata e familiare al rispetto del diritto ad agire in giudizio *ex art. 13 CEDU*⁶¹². Una

⁶⁰⁴ Corte EDU, sent. 25 marzo 1985, *Silver e altri c. Regno unito*, § 96 ss.; sent. 26 novembre 2006, *Chiapas c. Lituania*, §25

⁶⁰⁵ D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit., p. 225; M. DE SALVIA, *Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, p. 32 ss.

⁶⁰⁶ Corte EDU, sent. 26 novembre 2006, *Ciapas c. Lituania*, §25

⁶⁰⁷ Sul punto vedi in particolare Corte EDU, sent. 25 marzo 1992, *Campbell c. Regno unito*, § 53.

⁶⁰⁸ E *in primis*, naturalmente, la Corte stessa, cfr. Corte EDU, sent. 25 marzo 1992, *Campbell c. Regno unito* § 53; sent. 19 aprile 2001, *Peers c. Grecia*, § 79.

⁶⁰⁹ Corte EDU, sent. 3 giugno 2003, *Cotlet c. Romania*, § 57: "La Cour note que le requérant se plaint en substance non pas d'un acte, mais de l'inaction de l'Etat. Elle rappelle à cet égard que, si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits garantis par l'article 8 précité".

⁶¹⁰ Corte EDU, sent. 23 settembre 1998, *Petra c. Romania*, § 38; sent. 4 luglio 2000, *Niedbala c. Polonia*; sent. 19 dicembre 2002, *Salapa c. Polonia*.

⁶¹¹ Corte EDU, sent. 25 marzo 1985, *Silver e altri c. Regno unito*, § 90: "The Government recognised that the correspondence control system must itself be subject to control and the Court finds it evident that some form of safeguards must exist. One of the principles underlying the Convention is the rule of law, which implies that an interference by the authorities with an individual's rights should be subject to effective control. This is especially so where, as in the present case, the law bestows on the executive wide discretionary powers, the application whereof is a matter of practice which is susceptible to modification but not to any Parliamentary scrutiny".

⁶¹² D. VAN ZYL SMITH, S. SNAECKEN, *Principles of european prison law and policy*, cit., p. 222; E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, cit., p. 1418 ss.

simile esigenza, d'altronde pare tanto più stringente ove si riconosca all'amministrazione una discrezionalità ampia e disancorata da una puntuale individuazione dei presupposti e delle modalità del provvedimento, recuperando sul piano della tutela giurisdizionale lo scarso coefficiente di determinatezza.

In applicazione di questi principi, la Corte ha in particolare ritenuto contrarie all'art. 8 CEDU una serie di ingerenze nella corrispondenza del detenuto (ritardo, apertura, ostruzionismo) effettuate al di fuori di chiari presupposti legislativi, ovvero praticate in assenza di una previa autorizzazione giurisdizionale al controllo e comunque senza la possibilità di un'impugnazione successiva del provvedimento⁶¹³. Nel solco di tale giurisprudenza si collocano le pronunce con cui l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 8 CEDU a fronte delle restrizioni effettuate ai sensi dell'art. 18 ord. penit. Tale disposizione, nella sua originaria formulazione, consentiva infatti di procedere a controlli sulla corrispondenza del detenuto in virtù di un semplice provvedimento dell'amministrazione, ma ometteva di indicare – se non in termini assai generali – i presupposti per l'adozione del provvedimento stesso. La Corte, quindi, pur riconoscendo l'impossibilità di garantire la certezza assoluta nella redazione di una "legge attributiva di potere discrezionale", ha stigmatizzato gli effetti in concreto prodotti da tale previsione la quale, limitandosi a specificare solo le categorie di persone la cui corrispondenza poteva essere controllata (nonché il giudice competente ad adottare il relativo provvedimento), ometteva al contempo qualsiasi indicazione in ordine alla durata della misura o alle ragioni necessarie a giustificarla.

La legge italiana, insomma, non pareva indicare con sufficiente chiarezza le modalità di esercizio del potere discrezionale attribuito all'autorità penitenziaria⁶¹⁴, privando così il detenuto di quel grado minimo di tutela richiesto in uno "stato di diritto". In modo quasi conseguente, la Corte ha rimproverato all'Italia la mancata previsione di adeguati rimedi interni idonei a consentire un ricorso effettivo innanzi a un'istanza nazionale, come richiesto ai sensi dell'art. 13 CEDU. Più in particolare, la Corte stigmatizzava l'orientamento allora prevalente in Italia – e fatto proprio dal nostro Governo nelle sue difese – teso a qualificare il visto sulla corrispondenza come un provvedimento amministrativo ricorribile soltanto innanzi al giudice TAR o, al più, impugnabile di fronte

⁶¹³ Corte EDU, sent. 3 giugno 2003, *Cotlet c. Romania*, § 29 ss.; sent. 19 aprile 2001, *Peers c. Grecia*, § 82; sent. 23 settembre 1998, *Petra c. Romania*, § 37.

⁶¹⁴ Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, *Diana c. Italia*, § 32 ss.; sent. 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, § 32 ss.; sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, § 175 ss.; 28 settembre 2000, *Messina c. Italia (n° 2)*, § 75 ss., nonché da ultimo sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, § 71 ss. La Corte non aveva peraltro mancato di evidenziare come la disciplina in allora vigente finisse per risultare

al magistrato di sorveglianza già "responsabile" della sua adozione⁶¹⁵. Vale la pena evidenziare comunque che, anche all'indomani della già richiamata legge 8 aprile 2004, n. 95 – la quale, per dare seguito ai *dicta* della giurisprudenza EDU, ha previsto la "reclamabilità" del provvedimento *de quo* di fronte al Tribunale di Sorveglianza – la Corte è tornata a pronunciarsi negativamente in ordine al sistema di rimedi giurisdizionali esperibili avverso il provvedimento di visto sulla corrispondenza, ritenendo contraria all'art 13 CEDU la circostanza che il detenuto possa rivolgersi soltanto al giudice che ha emesso il provvedimento restrittivo⁶¹⁶.

6. *Il sovraffollamento carcerario e i rimedi esperibili: tra alternative alla detenzione e tutela giurisdizionale.*

Come si è visto la Corte, pronunciandosi recentemente in merito ai ricorsi presentati da persone detenute in condizioni di estrema densità penitenziaria, ha ritenuto che forme di sovraffollamento grave – accertato mediante il riferimento al numero di metri quadri a disposizione del detenuto in cella multipla o singola – possano di per sé integrare una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti. Si tratta di un approdo estremamente significativo, poiché "aggancia" l'accertamento della situazione lesiva – e della "soglia minima di gravità" che il trattamento contestato deve attingere per impegnare la responsabilità dello Stato – a parametri esclusivamente oggettivi e suscettibili di essere generalizzati anche a prescindere dalle particolari circostanze del caso concreto⁶¹⁷. Può

⁶¹⁵ Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, *Diana c. Italia*, § 32: "By interpreting the case-law of the Court of Cassation, which ruled out any appeal on points of law or to a criminal judicial authority other than the judge responsible for the execution of sentences, the Government maintained that it was possible to have recourse to the Regional Administrative Courts to challenge the measures in question."; inoltre "in the Court's estimation, the possibility of applying to the judge responsible for the execution of sentences cannot be regarded as an effective remedy for the purposes of Article 13, as he is required to reconsider the merits of his own decision, taken moreover without any adversarial proceedings; da ultimo la Corte ricorda che "the Court of Cassation has held that Italian law does not provide any remedies in respect of decisions whereby prisoners' correspondence is ordered to be monitored" e che "no Regional Administrative Court would appear hitherto to have delivered a judgment on the subject".

⁶¹⁶ Corte EDU, sent. 24 gennaio 2008, *Di Giacomo c. Italia*, § 29 ss. Sul punto vedi vedi E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, cit., p. 753. A ben vedere comunque la decisione sulla ricevibilità del ricorso pare quanto meno affrettata, dal momento che già a una prima lettura del "nuovo" art. 18-ter ord. penit. appare chiaro che l'impugnazione del provvedimento deve essere rivolta al tribunale di sorveglianza "se ad essere oggetto di reclamo è una decisione del magistrato di sorveglianza) ovvero del tribunale del nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento (in tutti gli altri casi); cfr. E. BERTOLOTTO, *Commento all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 275.

⁶¹⁷ Per consolidato orientamento interpretativo la Corte ritiene invece, da sempre, che il superamento di tale soglia costituisca un dato per sua natura relativo e ancorato alle circostanze del caso concreto, cfr. Corte EDU, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda. c. Regno Unito*, § 162. Con specifico riferimento alle condizioni della detenzione, inoltre, la Corte sembra univoca a richiedere una valutazione dell'"effetto cumulativo" delle

così dirsi compiuto il percorso giurisprudenziale che, da un intransigente rifiuto della rilevanza *ex art. 3 CEDU* delle condizioni detentive, ha condotto all'elaborazione di veri e propri standard qualitativi dotati, attraverso il riferimento al divieto convenzionale di trattamenti inumani, di carattere "giustiziabile". A tale esito ha senza dubbio contribuito la sempre più stretta compenetrazione tra l'interpretazione evolutiva data alla Convenzione dai giudici EDU e l'attività ispettiva del CPT, consolidatasi in una serie di linee guida relative alle condizioni della detenzione⁶¹⁸. Ciò risulta confermato, per un verso, dal riferimento ai rapporti del CPT ai fini dell'accertamento delle violazioni contestate⁶¹⁹ e, per altro verso, dalle "raccomandazioni" – anch'esse ispirate alle linee guida del Comitato – che la Corte rivolge agli Stati destinatari di una sentenza di condanna⁶²⁰.

Uno sguardo alla più recente giurisprudenza evidenzia perciò la tendenza a ritenere che, nelle più gravi ipotesi di sovraffollamento, il ridotto spazio vitale a disposizione del detenuto possa costituire ragione sufficiente a radicare la responsabilità dello Stato per violazione dell'art. 3 CEDU⁶²¹. Più in particolare, questo dato opera "in maniera autonoma" laddove il ricorrente si trovi recluso in celle multiple in cui lo spazio personale a disposizione risulti inferiore a 3 metri quadri⁶²². Tale ultimo riferimento sembra leggermente discostarsi dalle indicazioni prescrittive fornite sul punto dal CPT (secondo il quale ciascun detenuto dovrebbe godere di uno spazio pari almeno a 4 metri quadri in cella

condizioni lamentate dal ricorrente; cfr. Corte EDU, sent. 6 marzo 2001, *Dougoz c. Grecia*, § 46. In argomento, cfr. P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 311 ss. e riferimenti bibliografici ivi riportati.

⁶¹⁸ J. MURDOCH, *CPT Standards within the context of the Council of Europe*, in R. MORGAN, M. EVANS (a cura di), *Protecting prisoners*, cit., p. 103 ss.

⁶¹⁹ La recente pronuncia Corte EDU, sent. 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, § 246 ss. rivela peraltro come il riferimento ai rapporti del CPT consenta alla Corte di fare ricorso a vere e proprie presunzioni ove ciò sia necessario a colmare eventuali lacune nella ricostruzione dei fatti di causa. Nel caso di specie, il riferimento al rapporto di una visita del CPT presso lo stabilimento in cui si trovava internato uno dei ricorrenti è valso a sopperire la carenza di dati in ordine allo spazio a disposizione del detenuto presso la prigione di Varna tra il 2003 e il 2005.

⁶²⁰ L'invito ad adottare di misure a carattere generale o individuale ai sensi dell'art. 46 CEDU si accompagna infatti, in molti casi, al "suggerimento" delle possibili misure da adottare; misure che, specie nella *subiecta materia*, risultano assai spesso ispirate dagli stessi rapporti del CPT.

⁶²¹ Corte EDU, sent. 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*; sent. 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*; di particolare interesse anche la presa di posizione della Corte costituzionale polacca che, già prima delle pronunce dianzi richiamate ha dichiarato incostituzionale la disposizione codicistica che, in situazioni di emergenza, permetteva di derogare al limite minimo di capienza regolamentare per detenuto legislativamente sancito; cfr. Corte cost. polacca, sent. 26 maggio 2008.

⁶²² Corte EDU sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, § 68: "Ainsi dès lors qu'elle a été confrontée à des cas de surpopulation sévère, la Cour a jugé que cet élément, à lui seul, suffit pour conclure à la violation de l'article 3 de la Convention. En règle générale, bien que l'espace estimé souhaitable par le CPT pour les cellules collectives soit de 4 m², il s'agit de cas de figure où l'espace personnel accordé à un requérant était inférieur à 3 m²". È così la stessa Corte, "censendo" la propria precedente giurisprudenza a chiarire come la soglia di tollerabilità si attesti al dato di 3 metri quadri per detenuto in cella multipla (per l'applicazione di questo stesso criterio si vedano le sentt. 21 giugno 2007 *Antyrev c. Russia*, §§ 50-51; 29 marzo 2007, *Andrei Frolov c. Russia*, §§ 47-49; 4 maggio 2006, *Kadikis c. Lettonia*; 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*).

multipla)⁶²³, ma viene elevato a "invalicabile limite di dignità", oltrepassato il quale l'interessato risulta sottoposto "a una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza" insito nella perdita della libertà. D'altro canto, per ormai costante orientamento, laddove lo spazio individuale, pur ridotto, non sia inferiore a 3 metri quadri la Corte ritiene violato l'art. 3 CEDU soltanto qualora le condizioni detentive siano a tal punto degradate da trasformare la privazione della libertà in trattamento inumano. A tal fine la Corte prende in considerazione: la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici; il riscaldamento, l'aerazione e l'illuminazione naturale della cella⁶²⁴; il numero di ore d'aria e "socialità"⁶²⁵; e più in generale la privacy accordata al detenuto⁶²⁶.

Resta da chiedersi perché i giudici di Strasburgo siano giunti a fissare tale corrispondenza biunivoca tra spazio disponibile e "soglia minima di gravità". Al riguardo una risposta – forse parziale – può ricercarsi in quelle pronunce in cui la stessa Corte si sofferma analiticamente sulle conseguenze del sovraffollamento carcerario, evidenziandone l'impatto sul piano della personalità, della salute e dell'integrità fisica del detenuto⁶²⁷. Qualora però la Corte ritenga che il fenomeno del sovraffollamento non sia limitato alla vicenda del solo ricorrente, ma rivesta viceversa carattere strutturale (investendo cioè l'intero sistema penitenziario), essa non si limita a "liquidare" un equo indennizzo alla vittima della violazione, ma si spinge a richiedere – ai sensi dell'art. 46 CEDU – l'adozione da parte dello Stato di misure generali e individuali idonee a porvi rimedio. In una prima fase, peraltro, i giudici europei sembrano aver mostrato una maggiore cautela, giacché alla puntuale indicazione delle cause della patologia penitenziaria non si accompagna una indicazione altrettanto precisa delle misure da adottare, se non nella forma di una semplice esortazione a "selezionare sotto la supervisione del Comitato dei ministri le misure generali e, del caso, individuali necessarie a porre fine alla violazione riscontrata"⁶²⁸. In tempi più recenti, la Corte si è invece spinta a

⁶²³ CPT, *Report to the Government of Bosnia and Herzegovina on the visit to Bosnia and Herzegovina carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 11 to 15 May 2009*. CPT/Inf (2010) 11 ove lo standard minimo è indicato a 4 metri quadri per detenuto in una cella multipla; si vedano altresì i *CPT Reports on the visit to Poland carried out by CPT from 30 June to 12 July 1996, on the visit to Albania carried out by the CPT from 9 to 19 December 1997, on the visit to Slovakia by the CPT from 9 to 18 October 2000*.

⁶²⁴ Corte EDU, sent. 9 ottobre 2008, *Moisseiev c. Russia*; 12 giugno 2008, *Vlassov c. Russia* § 84; sent. 18 ottobre 2007, *Babouchkine c. Russia*, § 44.

⁶²⁵ Corte EDU, sent. 17 gennaio 2012, *István Gábor Kovács c. Ungheria*, § 26

⁶²⁶ Corte EDU, sent. 2 giugno 2005, *Novoselov c. Russia*, § 32 ss.

⁶²⁷ Corte EDU, sent. 16 marzo 2010, *Jiga c. Romania*, ove la Corte indica in modo piuttosto chiaro le conseguenze del sovraffollamento, consistenti nel venir meno dell'intimità personale, nel sovraccarico dei servizi igienici e in un clima di costante tensione e violenza tra compagni di cella.

⁶²⁸ Corte EDU, sent. 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia* la Corte esorta lo Stato "to develop an efficient system of complaints to the authorities supervising detention facilities, in particular a penitentiary judge and

ricorrere allo strumento della sentenza-pilota, sviluppatosi nella prassi giurisprudenziale sin dalla sentenza *Broniowski*⁶²⁹ e in seguito codificato all'art. 61 del regolamento della Corte. Per il tramite di tali sentenze, come noto, la Corte mira ad incidere più profondamente sulla scelta degli strumenti idonei a rimuovere le cause di una violazione sistemica e strutturale del diritto della Convenzione⁶³⁰. A tal fine, dopo aver individuato le cause che hanno dato origine a tale lesione e – di regola previa sospensione di tutti i ricorsi di analogo contenuto – essa indica esattamente "il tipo di misure riparatorie che lo Stato è chiamato ad adottare" per porre rimedio alla infrazione rilevata.

È quanto avvenuto a partire dalla sentenza *Ananyev*, ove la Corte registrando l'elevatissimo tasso di sovraffollamento nelle carceri russe – in massima parte determinato dall'eccessivo ricorso alla custodia cautelare –, ha imposto allo Stato convenuto di adottare una tabella di marcia vincolante per l'introduzione di un sistema di rimedi preventivi e compensativi in grado di offrire ristoro al tipo di violazioni lamentate⁶³¹. Analogamente, nella notissima sentenza *Torreggiani*, i giudici europei dopo aver rilevato la natura strutturale del sovraffollamento penitenziario nel nostro Paese, hanno ingiunto all'Italia, da un lato, di introdurre provvedimenti diretti a incidere sulle cause del sovraffollamento carcerario e, dall'altro, di prevedere rimedi a carattere giurisdizionale in grado di "riparare alle violazioni in atto". Tanto premesso, risulta comunque difficile stabilire in che cosa consista il carattere "strutturale" della violazione che permette alla Corte di ricorrere a uno strumento "incisivo" come la sentenza pilota⁶³²: a ben vedere sembrerebbe trattarsi, di regola, di violazioni associate a un complessivo malfunzionamento del sistema giuridico

the administration of these facilities which would be able to react more speedily than courts and to order, when necessary, a detainee's long-term transfer to Convention compatible condition".

⁶²⁹ Corte EDU, sent. 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, § 189 ss. e § 194 in particolare: "With a view to assisting the respondent State in fulfilling its obligations under Article 46, the Court has sought to indicate the type of measure that might be taken by the Polish State in order to put an end to the systemic situation identified in the present case".

⁶³⁰ Con riferimento alle sentenze pilota si vedano, con diversità di accenti, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano, 2012, p. 111 ss. la quale pone in luce "la funzione costituzionale oggettiva cui risponde la logica di questa tipologia di pronunce"; G. UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, cit., 2013, p. 863 ss.; G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Comun. intern.*, 2013, p. 790, nota 67 il quale evidenzia come tali sentenze possiedano "gli effetti generali tipici delle sentenze 'costituzionali'".

⁶³¹ Corte EDU, sent. 10 gennaio 2012, *Ananyev c. Russia*, punto 7 del dispositivo: "The respondent must shall produce [...] a binding time frame in which to make available a combination of effective remedies having preventive and compensatory effects and complying with the requirements set out in the present judgment".

⁶³² M. SUSI, *The definition of a 'Structural Problem' in the Case-Law of the European Court of Human Rights since 2010*, in *German Yearbook of International Law*, 2012, p. 413 ss.

nazionale, tale da riguardare "un significativo numero di persone" e dare vita così a numerosi ricorsi di fronte alla Corte⁶³³.

Nei casi dianzi richiamati i presupposti che hanno consentito di esperire la procedura pilota parevano risiedere nell'accertamento (anche empirico) del carattere non episodico della violazione lamentata e, di riflesso, nell'elevato numero di ricorsi pendenti innanzi alla Corte e aventi ad oggetto l'inadeguatezza delle condizioni detentive e il sovraffollamento carcerario⁶³⁴. Un attento esame delle recenti sentenze pilota in materia rivela tuttavia come il malfunzionamento da cui scaturiva il carattere strutturale della violazione riguardasse altresì la carenza o l'ineffettività dei rimedi giurisdizionali esperibili al fine di ottenere la cessazione della situazione lesiva. Il richiamo all'adeguatezza dei rimedi esperibili appare in effetti sempre più frequentemente nelle pronunce della Corte relative al sovraffollamento, quale riflesso di una lamentata violazione dell'art. 13 CEDU (diritto a un ricorso effettivo) ovvero in conseguenza di un'eccezione relativa al mancato esaurimento dei ricorsi interni⁶³⁵. Lo si vede bene nel recente caso *Neshkov* dove la Corte ha ritenuto contraria all'art. 13 CEDU la possibilità, prevista dal diritto interno, di ricorrere avverso i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria soltanto di fronte a un difensore civico privo del potere di adottare decisioni giuridicamente vincolanti⁶³⁶. Del pari nella sentenza *Torreggiani*, la Corte, dichiarando ricevibile il ricorso, ha stigmatizzato la disciplina del reclamo generico *ex artt. 35 e 69 ord. penit.*, riscontrandone l'inadeguatezza a fare cessare le sistematiche violazioni dei diritti dei detenuti all'epoca riscontrate⁶³⁷.

⁶³³ A. VON BOGDANDY, M. IONNADIS, *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2014, p. 593 ss.

⁶³⁴ Corte EDU sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, § 87: "La Cour vient de constater que la surpopulation carcérale en Italie ne concerne pas exclusivement les cas des requérants. Elle relève notamment que le caractère structurel et systémique du surpeuplement carcéral en Italie ressort clairement des données statistiques indiquées plus haut ainsi que des termes de la déclaration de l'état d'urgence au niveau national proclamée par le président du Conseil des ministres italien en 2010". Da ultimo cfr. Corte EDU, sent.

⁶³⁵ Resta il fatto che la trattazione di tali doglianze avviene spesso in modo inseparabile, poiché come noto ai fini della irricevibilità del ricorso non è sufficiente che il diritto interno preveda un qualsiasi rimedio ma occorre che quest'ultimo sia efficace, sufficiente e adeguato.

⁶³⁶ Corte EDU, sent. 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, § 192 la Corte ha rilevato la radicale assenza di rimedi a carattere sia compensativo ("all of the above shows that the remedy under section 1 of the 1988 Act is not at this stage sufficiently certain and effective") che preventivo-ripristinatorio (escludendo l'effettività del ricorso innanzi al giudice amministrativo, innanzi al pubblico ministero incaricato della sorveglianza dell'esecuzione penale ovvero del reclamo proponibile di fronte al difensore civico)

⁶³⁷ Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, § 55: "la Cour considère qu'il n'a pas été démontré que la voie de recours indiquée par le Gouvernement, compte tenu notamment de la situation actuelle du système pénitentiaire, est effective en pratique, c'est-à-dire susceptible d'empêcher la continuation de la violation alléguée et d'assurer aux requérants une amélioration de leurs conditions matérielles de détention. Dès lors, ceux-ci n'étaient pas tenus de l'épuiser avant de saisir la Cour".

Si possono allora provare a delineare in modo maggiormente analitico le generali misure che lo Stato è chiamato ad adottare per fare fronte all'endemico problema del sovraffollamento. La già richiamata tendenza delle sentenze pilota a trascendere i fatti specifici del caso porta infatti la Corte a polarizzare l'attenzione sui difetti che caratterizzano "il sistema penitenziario nel suo complesso", spingendola a enucleare due distinte tipologie di obblighi gravanti sullo Stato convenuto *ex art. 46 CEDU*. Quest'ultimo è chiamato, anzitutto, alla rimozione delle cause del sovraffollamento, procedendo ove necessario a una più ampia diversificazione delle tipologie sanzionatorie; le autorità nazionali, in secondo luogo, sono tenute all'introduzione di un sistema di ricorsi idoneo a offrire una tutela adeguata e effettiva al diritto a condizioni detentive compatibili con il diritto convenzionale. Con specifico riferimento alla prima delle due direttrici di intervento, la Corte esorta dunque gli Stati a risolvere il sistemico problema del sovraffollamento, incidendo alla radice sulle cause del medesimo. Straordinaria importanza riveste, in questa prospettiva, il richiamo della sentenza *Torreggiani* alle raccomandazioni Rec(99)22 e Rec(2006)13 del Comitato dei ministri che invitano le autorità nazionali, al fine di ridurre la popolazione carceraria, a riorientare la propria "politica penale" verso un minor ricorso alla detenzione⁶³⁸. In particolare l'accento cade sull'opportunità di incrementare, nella misura più ampia possibile, le misure alternative alla detenzione superando così una politica criminale di impronta "carcero-centrica"⁶³⁹.

Con riferimento al secondo degli obblighi dianzi richiamati la Corte pare invece ormai ferma nel ribadire la necessità che il legislatore nazionale introduca una combinazione di ricorsi preventivi e compensativi orientati, rispettivamente, a fare cessare la situazione lesiva in corso e a risarcire (in forma specifica o per equivalente) i detenuti dei danni subiti a causa della violazione patita. Per quanto più specificamente attiene alla prima delle due tipologie di ricorso meritano di essere qui evidenziati i criteri che, nell'ottica della Corte, debbono presiedere al giudizio sull'effettività dello strumento di tutela previsto dal diritto interno. Come ribadito anche di recente, infatti, il rimedio di diritto nazionale, per poter

⁶³⁸ Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, § 95.

⁶³⁹ Si vedano in particolare le osservazioni di P. VOYATSI, *Alternative measures to detention in the European Court of Human Rights*, in *European criminal law review*, 2014, p. 169 ss. Come non si è mancato di osservare, peraltro, nell'ottica della Corte "per rimuovere efficacemente le cause del sovraffollamento e conformare il sistema penitenziario alle esigenze imposte dall'art. 3 Cedu, l'intervento dello Stato dovrà [...] tendere alla razionalizzazione dell'entrata negli istituti di pena piuttosto che alla creazione di valvole di sfogo d'emergenza per favorire il deflusso dei detenuti. Non si dovrà porre rimedio (solo) all'esiguità di spazio, quanto piuttosto all'eccessiva presenza di persone detenute, in particolare di quei detenuti che sono in custodia cautelare o che potrebbero accedere a misure punitive non privative della libertà", cfr. A. TAMIETTI, M. FIORI, F. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANALLI, V. LEDRI, *Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rass. penit. crim.*, p. 49 ss. e in particolare p. 78.

essere giudicato effettivo, deve consentire alla vittima di ottenere una riparazione "diretta" e "adeguata"⁶⁴⁰; più in particolare, in caso di violazioni del diritto di cui all'art. 3 CEDU, se lo Stato ha l'obbligo di predisporre una via ricorso idonea a "porre fine rapidamente alla carcerazione in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU", un rimedio ripristinatorio in grado di fare cessare subito la violazione in atto. Da tale assunto possono farsi discendere due importanti conseguenze destinate a condizionare la discrezionalità del legislatore nazionale chiamato a "mettere mano" al proprio sistema di rimedi interni per adeguarlo al diritto della Convenzione.

La prima conseguenza riguarda l'impossibilità per lo Stato contraente di soddisfare l'obbligo convenzionale di cui all'art. 13 CEDU mediante la previsione di strumenti a carattere esclusivamente risarcitorio. Come la stessa Corte ha sottolineato, infatti, "nella valutazione dell'effettività dei rimedi riguardanti denunce di cattive condizioni detentive, la questione fondamentale è stabilire se la persona interessata possa ottenere dai giudici interni una riparazione diretta ed appropriata, e non semplicemente una tutela indiretta dei diritti sanciti dall'articolo 3 della Convenzione"⁶⁴¹. Ne discende che un'azione esclusivamente risarcitoria non può essere considerata un adeguato rimedio "alle denunce di condizioni d'internamento o di detenzione asseritamente contrarie all'articolo 3", dal momento che non ha un effetto "preventivo", non potendo impedire il protrarsi della violazione dedotta o consentire ai detenuti di ottenere un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione. La seconda conseguenza riguarda invece la sostanziale inefficacia di rimedi ripristinatori di natura endo-carceraria laddove, al momento del giudizio, si continui a registrare la persistenza di condizioni di sovraffollamento. Ove permanga una complessiva saturazione negli istituti di pena, infatti, il semplice trasferimento del ricorrente in un'altra cella o sezione dell'istituto rischia di lasciare invariata o, peggio, di aggravare la situazione degli altri detenuti⁶⁴².

La natura per definizione strutturale della violazione, più in generale, mal si concilia con il funzionamento di uno strumento a carattere soltanto individuale, suggerendo – come affermato nella sentenza *Ananyev* – la previsione di limiti di capienza

⁶⁴⁰ Corte EDU, sent. 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, § 192

⁶⁴¹ Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, § 50

⁶⁴² M. T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell'attuale condizione del sistema penitenziario?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, p. 911

massima che autorizzino il direttore del carcere a rifiutare l'ingresso in istituto di detenuti in sovrannumero rispetto alla capacità regolamentare della struttura⁶⁴³.

⁶⁴³ Evidenziano questo aspetto A. TAMIETTI, M. FIORI, F. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANALLI, V. LEDRI, *Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani e altri*, cit., p. 49 ss. e in particolare p. 78

CAPITOLO QUARTO

SOMMARIO: 1. Libertà personale e diritti delle persone detenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cenni). – 2. Sovraffollamento carcerario e cooperazione giudiziaria in materia penale: i termini di una relazione problematica. – 3. I nodi al pettine: il rifiuto alla consegna in Italia opposto dalle autorità inglesi per mancato rispetto dell'art. 3 CEDU. – 4. Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze di condanna a pene detentive: la risocializzazione del condannato come fine della cooperazione giudiziaria. – 5. La libera circolazione delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive: un nuovo impulso alla diversificazione delle tipologie sanzionatorie?. – 6. Conclusioni.

1. *Libertà personale e diritti delle persone detenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cenni).*

Per poter tracciare un quadro esaustivo dei vincoli sovranazionali nella *subiecta materia* è ora opportuno soffermarsi sul crescente peso assunto dal trattamento penitenziario e dai diritti del detenuto nell'ordinamento dell'Unione europea, ambito nel quale si registrano, in tempi recenti, i primi tentativi di assicurare standard comuni di detenzione in vista di una più stretta ed efficace cooperazione tra autorità giudiziarie degli Stati membri⁶⁴⁴. Il compendio normativo che qui viene in rilievo si rivela però ancora estremamente disomogeneo e in larga misura composto da testi suscettibili di garantire una tutela soltanto indiretta ai diritti dei detenuti. Ove si vogliano provare a ricostruire i principi di "ordine costituzionale" che, nel diritto eurounitario, presiedono alla materia penitenziaria è dunque giocoforza volgere lo sguardo alle fonti primarie di tale ordinamento, e cioè alle norme dei Trattati e ai principi generali di diritto non scritto. In questo quadro si staglia, come elemento di assoluta rilevanza, il catalogo dei diritti racchiuso – da ormai più di un decennio – nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. È certamente vero che i valori del "patrimonio costituzionale europeo"⁶⁴⁵ hanno continuato a manifestarsi nel corso di tutta la "vicenda comunitaria"⁶⁴⁶, ben prima della proclamazione della Carta di Nizza; sarebbe però un errore negare la straordinaria importanza assunta, in chiave di costituzionalizzazione, dall'entrata in vigore di questo

⁶⁴⁴ S. BUZZELLI, *Il rompicapo penitenziario italiano nello spazio unico europeo*, in *Arch. pen.*, 2014, 546 ss.; E. BAKER, *The emerging role of the EU as a penal actor*, in T. DAEMS, D. VAN ZYL SMIT, S. SNAECKEN, *European penology?*, Oxford, 2013, p. 77 ss.

⁶⁴⁵ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁶⁴⁶ P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione comunitaria: dall'idea di Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 37 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea: un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, p. 7 ss.

testo, capace – ben prima di ricevere esplicito riconoscimento "giuridico" con il Trattato di Lisbona – di orientare l'attività delle istituzioni UE⁶⁴⁷.

Sebbene dunque vi fossero ragioni per temere che la Carta dei diritti fondamentali, data la sua originaria assenza di giuridicità, potesse finire per costituire una sorta di ossimoro (la nozione di "diritti fondamentali" mal conciliandosi con l'assenza di vincolatività di questi ultimi)⁶⁴⁸ arrivando addirittura a favorire una sorta di "svalutazione dei principi e diritti da essa riconosciuti"⁶⁴⁹, i fatti hanno dimostrato che grazie ad essa i diritti fondamentali hanno viceversa acquisito visibilità e rilievo in ambito UE⁶⁵⁰, così da influire sulla attività legislativa delle istituzioni a ciò preposte⁶⁵¹ e da condizionare significativamente l'attività interpretativa dei giudici di Lussemburgo⁶⁵², di quelli nazionali⁶⁵³ e persino di quelli di Strasburgo⁶⁵⁴. Più in particolare, non si è mancato di riconoscere il significativo ruolo giocato da questo strumento nel processo di sviluppo delle garanzie penalistiche nell'ordinamento interno⁶⁵⁵; la Carta contiene infatti diversi principi garantistici fondamentali in materia penale (non sempre mutuati dalla CEDU ovvero espressivi di tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri⁶⁵⁶), alla cui vitalità

⁶⁴⁷ Sulla efficacia "quasi giuridica" della Carta già prima della sua formale equiparazione ai Trattati cfr. *ex multis*, A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, II, p. 427 ss.; A. RUGGERI, *La forza della Carta europea dei diritti*, in *Riv. dir. pubbl. comp. europ.*, 2001, p. 184.

⁶⁴⁸ F. TULKENS, J. CALLEWAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Archives de politique criminelle*, n. 22, 2000, p. 38.

⁶⁴⁹ Così, A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 676.

⁶⁵⁰ L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea: un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, cit., p. 29 ss.

⁶⁵¹ Cfr., sul punto Parlamento europeo Risoluzione 2001/2022 sul Trattato di Nizza e il futuro dell'Unione europea del 31 maggio 2001; Commissione UE, *Comunicazione sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, (COM(2005) 172 def.).

⁶⁵² Cfr., al riguardo, le previsioni di A. BARBERA, *La Carta europea de diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 250 ss.; A. LOIODICE, *La Carta di Nizza quale parametro assiologico*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 211; nonché, più recentemente M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 3, p. 222; P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., p. 379 ss.

⁶⁵³ Per una interessante rassegna di casi in cui la Carta ha influenzato le autorità giurisdizionali italiane (Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte costituzionale) e di altri Paesi membri cfr. P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 381, e bibliografia riportata a p. 494-495. Cfr. altresì F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, cit., p. 2.

⁶⁵⁴ Cfr., ancora, P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 380.

⁶⁵⁵ C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, p. 109 ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 147 ss.

⁶⁵⁶ Tali principi garantistici "concorrono indubbiamente a valorizzare la dimensione costituzionale acquisita dal diritto penale nel quadro normativo dell'Unione europea", cfr. A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e Progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 9.

sul piano del sistema giuridico nazionale hanno contribuito talune pronunce dei massimi organi giurisdizionali italiani⁶⁵⁷ a cui si è affiancata, nel tempo, una sempre più intensa attività interpretativa della Corte di giustizia dell'Unione europea. Senonché, non si può fare a meno di osservare come nel catalogo dei principi dedicati alla giustizia penale, non sia dato scorgere alcun riferimento alla posizione giuridica delle persone detenute.

Il vuoto di tutela costituzionale lasciato dalla Carta pare tuttavia potere essere almeno parzialmente colmato dall'interpretazione data dalla Corte di Lussemburgo all'art. 4 della Carta stessa, recante il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Sotto questo profilo particolare importanza riveste la più recente giurisprudenza in tema di diritto d'asilo e immigrazione e, in particolare, per quel che qui rileva, le condizioni del trattenimento amministrativo imposto al migrante nel corso della procedura d'asilo. Un approdo quanto mai significativo – e verosimilmente destinato a condizionare i futuri sviluppi interpretativi dedicati alla materia penale – è rappresentato, al riguardo, dalla sentenza nel caso C-441/10, dove la Corte, è stata investita di un rinvio pregiudiziale relativo all'interpretazione del regolamento n. 343/2003 del 18 febbraio 2003 (c.d. regolamento Dublino II) che, come noto, impone agli Stati membri di trasferire il cittadino straniero nel diverso Stato UE competente a esaminare la richiesta di asilo (cfr. art. 3 del regolamento citato). In particolare, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di chiarire se l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali dell'Unione ostasse "all'applicazione di una presunzione assoluta nel senso che lo Stato competente osserverà i diritti fondamentali del richiedente asilo", come noto infatti la disciplina UE prevede che, in linea di principio, gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento (*non refoulement*), sono considerati Stati sicuri per i cittadini di Paesi terzi".

Si trattava segnatamente di stabilire se il rischio di esporre il richiedente a una violazione dell'art. 3 CEDU, determinata dalle inadeguate condizioni detentive dei centri di trattenimento, potesse determinare un'inosservanza del divieto di *non-refoulement*, comportando in tal modo un contrasto tra l'obbligo di cui all'art. 3 par. 1 del regolamento e la Carta. Sul punto la Corte ha chiarito che l'art. 4 della Carta "deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo 'stato membro competente' [...] quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e

⁶⁵⁷ S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 151 ss.

comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione". Dovrebbe in altri termini escludersi che la disciplina UE in materia imponga una presunzione assoluta di rispetto dei diritti fondamentali a favore dello Stato competente, con conseguente venir meno della fiducia reciproca sul punto. Proprio per questo motivo, i principi elaborati dalla Corte paiono *mutatis mutandis* applicabili anche alla detenzione carceraria, permettendo così di individuare nell'art. 4 della Carta un importante "parametro costituzionale" cui rapportare il giudizio sulle condizioni della detenzione⁶⁵⁸. Si tratta di implicazioni, a nostro giudizio relevantissime anche per il concreto funzionamento di taluni strumenti di diritto derivato più direttamente inerenti la materia penale.

Si allude, in particolare, ai testi normativi adottati dal legislatore UE in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale ispirati, per lo più, al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, vera e propria "pietra angolare" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia UE da ultimo consacrato con il Trattato di Lisbona⁶⁵⁹. È noto, infatti, come, al fine di superare le tradizionali resistenze nazionali al riconoscimento e all'esecuzione di sentenze penali straniere – *national protectionism* nelle parole di Joachim Vogel⁶⁶⁰ – tali strumenti abbiano introdotto una presunzione di adeguatezza dei provvedimenti giurisdizionali adottati in un diverso Stato membro, prevedendo il generale obbligo di darvi attuazione ove non ricorrano cause tipizzate di rifiuto. Inutile dire che il corretto funzionamento di tale meccanismo presuppone un elevato livello di fiducia reciproca, con riferimento, in particolare, al rispetto dei diritti fondamentali; si tratta di una vera e propria pre-condizione "culturale", che appare tanto più indispensabile ove il provvedimento giurisdizionale incida sulla libertà personale, operandone una restrizione a titolo cautelare ovvero in forza di una sentenza di condanna. Ecco allora che la violazione dei diritti del detenuto, in generale e, il sovraffollamento carcerario, in particolare,

⁶⁵⁸ E. BAKER, *The emerging role of the EU as a penal actor*, in T. DAEMS, D. VAN ZYL SMIT, S. SNAECKEN, *European penology?*, cit., p. 90 e 105.

⁶⁵⁹ Il principio del mutuo riconoscimento, individuato per la prima volta come "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea dalle conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999, ha assunto rango di norma primaria a seguito della sua "codificazione" a livello pattizio nell'art. 82 par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Sul punto, F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 170 ss.

⁶⁶⁰ J. VOGEL, *Cooperation in criminal matters in the European Union. Five major tendencies – Five proposals for future action* in L. ARROYO-ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN, *European criminal law: an overview – European criminal area: current situation and future perspectives. L'espace judiciaire pénal européen: situation actuelle et perspectives futures*, Cuenca, 2010, p. 157.

rischiano di minare la corretta operatività degli strumenti di cooperazione tra Stati imperniati sul principio del mutuo riconoscimento.

Si tratta di un rischio che le stesse istituzioni europee sembrano aver intravisto, se è vero che il 14 giugno 2011, la Commissione – con il dichiarato fine di dare seguito alle regole penitenziarie europee adottate dal Consiglio d'Europa – ha reso pubblico un Libro verde (una sorta di consultazione pubblica) relativo all'applicazione della "normativa UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione"⁶⁶¹. Ivi la Commissione, riscontrata la necessità di "esaminare in che misura la detenzione influisce sulla fiducia reciproca, e di conseguenza in generale sul riconoscimento reciproco e sulla cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione europea", ha chiesto agli Stati di fornire informazioni circa le misure alternative alla custodia cautelare ed alla detenzione e di esprimersi in merito all'opportunità di promuovere tali misure a livello UE, anche stabilendo norme minime nell'ambito dell'Unione europea volte a regolare la durata massima della stessa custodia cautelare in carcere. Il testo traccia così un nesso evidente tra le condizioni della detenzione e il mutuo riconoscimento, al punto che, al fine del miglioramento di quest'ultimo, la Commissione non esclude, in futuro, di poter adottare misure recanti standard sul trattamento dei detenuti equivalenti a quelli previsti dalle regole penitenziarie europee. Insomma, malgrado l'assenza di disposizioni di diritto primario che esplicitano menzionino la tutela dei diritti dei reclusi, il tema appare di stringente attualità e destinato a rimanere al centro dell'agenda europea anche nel futuro prossimo.

Resta fermo tuttavia, che i testi di mutuo riconoscimento poc'anzi citati, pur non essendo funzionalmente orientati a disciplinare il trattamento penitenziario, non paiono del tutto privi di disposizioni che possano essere invocate in chiave di tutela da parte detenuti, in particolare sotto del reinserimento sociale del detenuto. Prima di esaminare gli strumenti di cooperazione giudiziaria UE suscettibili di incidere sulla fase esecutiva, tuttavia, sembra opportuno provare a ricostruire in termini più generali il problematico rapporto tra cooperazione giudiziaria e sovraffollamento carcerario, quale patologia del sistema penitenziario che più di ogni rischia pregiudicare il funzionamento degli strumenti di cooperazione tra Stati imperniati sul principio del mutuo riconoscimento.

⁶⁶¹ Commissione europea, *Libro verde, Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo — Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, COM (2011) 327 def.

2. *Sovraffollamento carcerario e cooperazione giudiziaria in materia penale: i termini di una relazione problematica.*

Come si è avuto occasione di anticipare poc'anzi, le cattive condizioni della detenzione costituiscono, in termini del tutto generali, un ostacolo alla cooperazione giudiziaria tra Stati e al mutuo riconoscimento delle sentenze di condanna a pene detentive⁶⁶². Questa affermazione di carattere generalissimo può oggi essere rapportata anche alla realtà del nostro ordinamento dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo – nel già citato caso *Torreggiani* – ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, con pesanti riflessi sul piano della cooperazione giudiziaria internazionale. Come si è detto, infatti, la Corte ha ritenuto che la condizione di sovraffollamento che affligge il nostro sistema penitenziario dia luogo a una violazione sistemica e strutturale del divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito all'art. 3 CEDU ed ha perciò ingiunto all'Italia di introdurre, entro il termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza, "un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario".

Lungi dal dispiegare i propri effetti soltanto nei confronti dello Stato autore della violazione, la pronuncia citata si presta però a condizionare in profondità le relazioni tra i Paesi aderenti alla Convenzione, mettendo a rischio l'efficacia dei meccanismi di cooperazione giudiziaria. In altre parole, come attenta dottrina non ha mancato di evidenziare⁶⁶³, la condanna inflitta all'Italia appare gravida di conseguenze anche per gli altri Stati partecipanti al sistema di tutela dei diritti fondamentali: questi ultimi, infatti, per non incorrere a loro volta in una violazione del diritto convenzionale, sarebbero tenuti a rifiutare la consegna all'Italia della persona richiesta in modo da non esporla al rischio di una probabile compressione del diritto fondamentale di cui all'art. 3 CEDU. Come risaputo, del resto, a partire dal caso *Soering* la Corte EDU ricomprende nell'area di tutela dell'art. 3 CEDU anche i casi di estradizione e espulsione ove sussistano "ragioni

⁶⁶² Sulle cattive condizioni della detenzione come fattispecie suscettibile di integrare la norma di diritto internazionale generale che vieta l'extradizione in presenza di un rischio di trattamenti crudeli, inumani e degradanti, si veda N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo*, Milano, 1993, p. 73 ss.

⁶⁶³ F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013. Per analoghe considerazioni, già all'indomani della condanna della Corte EDU nel caso *Cara-Damiani*, cfr. G. SANTALUCIA, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2370 ss.

sostanziali ed effettive" per temere che la persona possa essere sottoposta a trattamenti inumani e degradanti nel Paese di destinazione⁶⁶⁴.

L'accertata inosservanza del precetto convenzionale proietta quindi ombre inquietanti sul piano delle relazioni con le autorità giurisdizionali straniere, minacciando il corretto funzionamento delle procedure di consegna attivate mediante i tradizionali meccanismi estradizionali.

A ben vedere, tuttavia, l'accertamento di una violazione dei diritti fondamentali sistematicamente perpetrata da uno Stato membro della Convenzione si rivela ancor più esiziale in presenza di forme di cooperazione giudiziaria istituzionalmente fondate sul principio del mutuo riconoscimento, cardine dello spazio giudiziario comune istituito dal Trattato sull'Unione europea⁶⁶⁵.

La gravità assunta dal fenomeno del sovraffollamento rischia in effetti di tradursi in un complessivo deterioramento di quell'elevato livello di fiducia tra Stati su cui si regge l'intero sistema della cooperazione giudiziaria penale in ambito UE, minando i presupposti culturali sottostanti al riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie⁶⁶⁶.

Il pensiero corre, in particolare, alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo la quale, in applicazione del principio del mutuo riconoscimento, stabilisce un agile meccanismo di cooperazione tra autorità giudiziarie nazionali per la consegna di persone ricercate, anche in vista dell'esecuzione di una condanna definitiva.

Il superamento del meccanismo estradizionale classico predisposto da questo strumento, infatti, si giustifica proprio in virtù della fiducia reciproca che dovrebbe caratterizzare i rapporti tra gli Stati membri, radicandosi nella comune adesione di questi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Questa giurisprudenza, elaborata con riferimento alle procedure di consegna o espulsione verso Paesi terzi, risulta comunque, in diverse pronunce, estesa anche ai rapporti Stati firmatari della Convenzione; cfr. G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2001, p. 165 ss.

⁶⁶⁵ Il principio del mutuo riconoscimento, individuato per la prima volta come "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea dalle conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999, ha assunto rango di norma primaria a seguito della sua "codificazione" a livello pattizio nell'art. 82 par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Sul punto, F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 170 ss.

⁶⁶⁶ G. STESSENS, *The principle of mutual confidence between judicial authorities in the area of Freedom, Security and Justice*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, p. 93 ss.; sul punto vedi anche la comunicazione della Commissione europea, *Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, COM (2005) 195 def.

⁶⁶⁷ V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, p. 2783 ss. e in particolare p. 2786.

Senonché, una deviazione dal tracciato dei diritti fondamentali come quella riscontrata dalla sentenza *Torreggiani* non può non mettere in crisi le relazioni tra Paesi membri, determinando il rischio concreto che l'autorità dello Stato di esecuzione rifiuti la consegna della persona ricercata.

3. *I nodi al pettine: il rifiuto alla consegna in Italia opposto dalle autorità inglesi per mancato rispetto dell'art. 3 CEDU.*

I timori sopra manifestati hanno presto trovato conferma nella prassi, come dimostra la vicenda che ha interessato i rapporti tra la giustizia italiana e quella inglese nel caso del latitante Domenico Rancadore⁶⁶⁸. L'uomo, attivamente ricercato dalle autorità italiane sin dal 1994 e condannato a sette anni di reclusione (per associazione a delinquere di tipo mafioso, estorsione e altri gravi delitti), era stato oggetto di una richiesta di estradizione inoltrata dalla procura di Palermo alla *Westminster Magistrates' Court* di Londra.

La Corte inglese, in un primo momento incline a concedere la consegna del ricercato alle autorità italiane, aveva dovuto in seguito mutare il proprio indirizzo, essendo intervenuta – nelle more del giudizio – la pronuncia vincolante della *High Court of Justice*, organo gerarchicamente sovraordinato rispetto all'autorità procedente. In tale arresto, l'Alta giurisdizione inglese aveva infatti accolto il ricorso contro l'ordine di estradizione nel nostro Paese del cittadino somalo Hayle Abdi Badre⁶⁶⁹, ritenendo che il cronico malfunzionamento del sistema penitenziario italiano – rilevato nel caso *Torreggiani* – potesse esporre l'estradando al rischio di un trattamento contrario all'art. 3 CEDU⁶⁷⁰.

Per meglio cogliere la portata delle due decisioni richiamate, occorre evidenziare come la giurisprudenza inglese sia giunta, nei casi in esame, a rovesciare l'onere della prova cui è tenuto, per prassi consolidata, chi ricorra contro un ordine di consegna a causa del mancato rispetto dei diritti fondamentali nello Stato richiedente. A questo risultato,

⁶⁶⁸ Judge Howard Riddle, Senior District Judge (Chief Magistrate) in the Westminster Magistrates' Court, *The Court of Appeal of Palermo v. Domenico Rancadore*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2014, con osservazioni di V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale: i giudici inglesi denunciano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri italiane*.

⁶⁶⁹ High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, *Hayle Abdi Badre v. Court of Florence*, 11 marzo 2014, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2014, con osservazioni di V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale: i giudici inglesi denunciano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri italiane*. Per un commento alla sentenza si veda pure A. MANGIARACINA, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Dir. pen. cont.* 2 dicembre 2014, p. 3 ss.

⁶⁷⁰ High Court of Justice, *Hayle Abdi Badre v. Court of Florence*, cit., par. 52: "That state of affairs had raised substantial grounds for believing that there had been a real risk of treatment contrary to art. 3 of the Convention and the judicial authority had not produced sufficient material to dispel that belief".

come diremo, ha in larga misura contribuito la circostanza che nei confronti dell'Italia sia stata pronunciata una sentenza pilota, cioè una decisione che non si limita a statuire in relazione al caso concreto ma rileva violazioni diffuse dei diritti fondamentali addebitabili alla legislazione o alla prassi dello Stato convenuto⁶⁷¹.

Se infatti in base alla sezione 21 dell'*Extradition act* 2003 – fonte che regola la materia estradizionale e recepisce la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo – il giudice ha sempre l'obbligo di verificare che la richiesta di estradizione non sia contraria ai diritti tutelati dalla CEDU, è però pure vero che, per costante giurisprudenza, opera in favore degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa una presunzione di conformità agli obblighi derivanti dalla Convenzione. In linea di principio, quindi, a chi ricorra contro l'extradizione verso uno di questi Paesi spetta dimostrare l'esistenza di ragioni sostanziali che inducano a ritenere violato l'art. 3 CEDU in caso di consegna alle autorità dello Stato emittente.⁶⁷²

Nel caso dell'Italia, tuttavia, i giudici inglesi, avuto riguardo alla natura strutturale della violazione rilevata nel caso *Torreggiani*, arrivano a liberare il ricorrente dall'obbligo di dimostrare il rischio di violazioni dell'art. 3 CEDU, ritenendo superata la presunzione di conformità all'ordinamento convenzionale⁶⁷³. La "sentenza pilota" emanata a Strasburgo giustifica così un clamoroso *revirement*, portando i giudici d'oltre Manica ad affermare, di converso, una vera e propria "presunzione di non conformità dell'Italia alla CEDU" e a capovolgere l'onere della prova a favore del ricorrente.

Secondo le Corti inglesi, infatti, essendo presumibile l'esistenza di un rischio di violazione dell'art. 3 CEDU, spetta allo Stato che ha emesso la richiesta dimostrare di poter offrire al detenuto una condizione carceraria conforme al senso di umanità. Sul punto, è doveroso sottolineare come le rassicurazioni offerte nel caso di specie dalle autorità italiane si siano rivelate oltremodo generiche, non avendo fornito alcuna indicazione in

⁶⁷¹ In merito alla funzione oggettiva delle sentenze pilota, si veda B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, p. 1546 e ss. e in particolare p. 1598 ss.

⁶⁷² In Italia, per un analogo indirizzo interpretativo in merito all'ipotesi di rifiuto al mandato d'arresto europeo disciplinata all'art. 18 c. 1 lett. h), l. n. 69 del 2005 – che ricorre ove vi sia il "serio pericolo" che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti – si veda Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 45525, in *CED Cass.*, 248969. In tema di estradizione si veda invece, *ex multis*, Cass., sez. VI, 3 settembre 2004, n. 35896, in *Giur. it.*, 2005, p. 1256 ss. con nota di M. LOMBARDO, *Estradizione per l'estero e tutela dei diritti fondamentali*.

⁶⁷³ High Court of Justice, *Hayle Abdi Badre v. Court of Florence*, cit., par. 43: "This court is bound by statute to take into account that judgment in considering whether the Appellant in this case should have been held by the court below to have satisfied the burden of showing that there were substantial grounds for believing that there was a real risk of infringement of Article 3, if the Appellant were to be extradited".

merito alle condizioni della struttura carceraria nella quale il condannato sarebbe stato recluso una volta eseguito il trasferimento.

Nell'argomentazione svolta dalla Alta Corte di Giustizia, comunque, un rilievo particolare riveste il fatto che gli organi di Strasburgo abbiano emesso una "sentenza pilota" nei confronti dell'Italia, formulando così indirettamente un giudizio sulla conformità dell'ordinamento nazionale al diritto della Convenzione⁶⁷⁴. Come già anticipato, infatti, con tali pronunce la Corte non si limita prendere posizione rispetto al singolo caso esaminato, ma rileva un problema strutturale dell'ordinamento interno legato a un "disfunzionamento" della legislazione o della prassi interne.

La più ampia portata delle sentenze pilota rispetto alle normali pronunce della Corte EDU pare dunque convalidare un esito interpretativo cui i giudici inglesi sarebbero comunque pervenuti in applicazione di quanto previsto dalla sezione 2 dello *Human Rights Act*, disposizione che vincola le giurisdizioni interne "a tenere conto" delle sentenze della Corte EDU ogniqualvolta queste appaiano rilevanti a fini della soluzione del caso oggetto d'esame.

Più criticabile, viceversa, pare la scelta di non prendere in considerazione i provvedimenti adottati dal legislatore italiano per dare esecuzione alla sentenza *Torreggiani* ed eliminare così le deficienze strutturali del sistema penitenziario. Interventi di riforma, questi, a cui pure la *Westminster Magistrates' Court* aveva in un primo momento fatto riferimento, salvo poi correggere la rotta alla luce delle indicazioni provenienti dalla *High Court of Justice*.

4. *Gli sforzi intrapresi dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento e le condizioni ostative all'estradiizione.*

⁶⁷⁴ Il rilievo assunto dalla diversa tipologia di giudizio innanzi alla Corte EDU ai fini del rifiuto alla consegna motivato dalle condizioni di sovraffollamento, trova riscontro anche in una recente pronuncia della Corte di cassazione secondo cui il motivo di cui al già citato art. 18 c. 1, lett. h), l. n. 69 del 2005 non possa ritenersi integrato dalla mera prospettazione dell'esistenza, nello Stato richiedente, di una condizione di sovraffollamento carcerario o di una possibile mancanza di adeguata assistenza medica. I giudici di legittimità rilevano, in particolare, che le sentenze della Corte europea citate dal ricorrente per avvalorare l'esistenza del concreto pericolo di trattamenti inumani e degradanti "hanno riguardato la condizione *specifica* di singole persone [...] senza muovere alcuna critica *generale* al sistema penitenziario rumeno. Inoltre, nessun rilievo possono avere ai fini dell'accertamento del "serio pericolo" di trattamenti inumani le circostanze riferite nel ricorso sulla mancata adozione di strumenti internazionali da parte della Romania", corsivi nostri; cfr. Cass., sez. VI, 17 ottobre 2014, n. 43537, in *CED Cass.*, 260448.

Un diverso apprezzamento delle iniziative di riforma promosse dalle autorità italiane in materia penitenziaria può leggersi in una recente sentenza del Tribunale federale svizzero, pronunciata in merito a un caso di estradizione verso il nostro Paese⁶⁷⁵.

La suprema Corte elvetica precisa infatti come le procedure di consegna all'Italia non siano – di regola – subordinate alla presentazione di formali garanzie, dal momento che il nostro Paese rientra tra quelli caratterizzati da una "provata cultura dello stato di diritto". Inoltre, pur prendendo atto della condanna inflitta all'Italia dalla Corte EDU nel caso *Torreggiani*, i giudici svizzeri riconoscono l'importanza delle iniziative messe in campo dal legislatore italiano per porre fine alle sistematiche violazioni dell'art. 3 CEDU accertate dai giudici di Strasburgo.

A fare propendere in favore dell'extradizione è dunque, da un lato, l'esplicito riconoscimento da parte dello Stato italiano della critica situazione di sovraffollamento carcerario e, dall'altro, l'adozione di una vasta gamma di misure intese a rimediare alle criticità evidenziate dai giudici di Strasburgo. Nella lettura dei giudici federali, quindi, per respingere la richiesta di estradizione non è sufficiente l'accertamento di una situazione di comprovata contrarietà ai diritti del detenuto, ma è necessario anche che quest'ultima sia conosciuta e tollerata dagli organi dello Stato richiedente.

È questo, d'altronde, l'indirizzo interpretativo prevalente anche nel nostro Paese, almeno stando alla lettura data dalla giurisprudenza di legittimità all'art. 705 c. 2 lett. c) c.p.p. che stabilisce, tra l'altro, l'obbligo di rifiutare l'extradizione del detenuto se vi è motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta a pene o trattamenti inumani e degradanti, così come stabilito dall'art. 698 c.p.p. Per giurisprudenza pressoché costante, infatti, tale preclusione opera soltanto ove il rischio di violazione "sia riferibile ad una scelta normativa o di fatto dello Stato richiedente, a prescindere da contingenze estranee a orientamenti istituzionali"⁶⁷⁶.

Pertanto, fatti salvi i casi in cui sia la legge stessa a prevedere modalità detentive che contrastino con i diritti della persona reclusa⁶⁷⁷, per verificare la sussistenza di un

⁶⁷⁵ Tribunale federale della Confederazione svizzera, 12 maggio 2014, Pres. Fonjallaz, DTF 1C_176/2014 in *Dir. pen. cont.*, 4 novembre 2014, con osservazioni di V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani: i giudici svizzeri concedono l'extradizione, valutando positivamente gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento*.

⁶⁷⁶ Vedi, da ultimo, Cass., Sez. VI, 11 aprile 2014, n. 19524; Sez. VI, 6 marzo 2013, n. 10905, in *CED Cass.*, 254768; Sez. VI, 24 maggio 2006, n. 21985, *CED Cass.*, 234767;

⁶⁷⁷ Si pensi, per tutti, al caso in cui nello Stato richiedente sia prevista la pena dei lavori forzati, capace – secondo un orientamento consolidato – di integrare una violazione dei diritti fondamentali ove, per "i contenuti e le modalità di scelta ed esecuzione" questa sia riconducibile alla nozione di lavori forzati di cui all'art. 4 CEDU; cfr. Cass., sez. VI, 12 luglio 2012, n. 28714, in *Cass. pen.*, 2012, con nota di G. COLAIACOVO, *Appunti in tema di estradizione e tutela dei diritti fondamentali*; Sez. VI, 11 febbraio 2011, n. 15578, in *Cass. pen.*, 2011, p. 608 con osservazioni di E. APRILE; sez. VI, 19 giugno 2006, n. 32625, in *Cass.*

impedimento alla consegna è necessario fare riferimento a una situazione di fatto che sia anche "conosciuta e tollerata dagli organi dello Stato di destinazione"⁶⁷⁸. L'inerzia degli organi nazionali, in particolare, deve risultare "apprezzabilmente consolidata nella prassi" e deve riferirsi ad episodi non occasionali addebitabili all'apparato istituzionale dello Stato richiedente⁶⁷⁹.

Senonché, come è stato evidenziato, l'indagine su tale *periculum* finisce per rivelarsi assai problematica⁶⁸⁰. Se infatti risulta relativamente agevole per il giudice accertare il quadro normativo in vigore nel Paese che ha emesso la richiesta⁶⁸¹, assai più ostica è l'acquisizione di dati affidabili in merito all'atteggiamento in concreto tenuto dagli organi preposti all'esecuzione penale nello Stato *ad quem*.

A tal riguardo, fermo restando l'obbligo per la competente Corte d'appello di tenere conto "del generale quadro politico-istituzionale dello Stato richiedente"⁶⁸², è ormai pacifico che la situazione di fatto da cui scaturisce la violazione dei diritti del detenuto possa essere ricostruita attingendo a "documenti e rapporti elaborati da organizzazioni non governative la cui affidabilità sia generalmente riconosciuta sul piano internazionale" (quali ad esempio "Amnesty International" e "Human Rights Watch")⁶⁸³, come pure più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte EDU⁶⁸⁴.

Per quanto concerne poi la tolleranza dimostrata dalle autorità dello Stato emittente rispetto alla condizione di sovraffollamento, questa ricorre quando, malgrado la conoscenza "ufficiale" dello stato di degrado in cui versano le strutture carcerarie del

pen., 2007, p. 3349, con osservazioni di E. APRILE; sez. VI, 19 giugno 2006, n. 23555, in *CED Cass.*, n. 234738.

⁶⁷⁸ Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 1490, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 66 con nota di F. FIORENTIN, *Estradizione negata per violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute: a rischio anche l'Italia?*, *ivi*, p. 68 ss.

⁶⁷⁹ Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 30864, in *CED Cass.*, 260055; sez. VI, 3 settembre 2010, n. 32685, in *CED Cass.*, 248002; sez. VI, 5 febbraio 2008, *CED Cass.*, 239672.

⁶⁸⁰ F. FIORENTIN, *Estradizione negata per violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute: a rischio anche l'Italia?*, *cit.*, p. 68 ss.

⁶⁸¹ Si veda in particolare Cass., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 41642, in *CED Cass.*, n. 256278 secondo la quale se emerge l'esigenza di acquisire elementi conoscitivi in ordine alla disciplina penitenziaria applicata dallo Stato richiedente, la Corte d'appello ha l'obbligo di effettuare i necessari accertamenti anche chiedendo informazioni alle autorità del Paese istante; nel caso di specie, la Corte d'appello avrebbe dovuto provvedere ai necessari accertamenti in ordine alla disciplina penitenziaria riservata da quel Paese alle madri detenute con prole infantile.

⁶⁸² Cass., sez. VI, 6 marzo 2013, n. 10905 in *Dir. giust.*, 7 marzo 2013, p. 205.

⁶⁸³ Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 1490, *cit.*, p. 66; Cass., sez. VI, 3 settembre 2010, n. 32685, in *CED Cass.*, 248002. Si veda, tuttavia, Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 30864, in *Dir. giust.*, 14 luglio 2014, secondo cui "deve essere data preferenza alle notizie provenienti da *organi sovranzionali [istituzionali, ndr]*, come nel caso in cui sussistano dubbi sull'estradizione relativi allo stato ucraino, più volte espressi in risoluzioni del Parlamento Europeo. Ciò in quanto non sempre è garantita l'attendibilità di informazioni provenienti da *organizzazioni non governative*".

⁶⁸⁴ Corte EDU, Grande Camera, sent. 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*; cfr. inoltre, nell'ambito di una costante giurisprudenza, Corte EDU, sent. 22 settembre 2009, *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*.

Paese, le autorità di quest'ultimo non provvedano ad adottare misure (edilizie, sanitarie, igieniche ed educative) in concreto idonee a salvaguardare il rispetto della dignità umana.

A nulla varrebbe, dunque, una mera "dichiarazione di intenti" laddove tale impegno non fosse accompagnato dall'adozione di provvedimenti in grado di incidere efficacemente sulle criticità del sistema penitenziario⁶⁸⁵.

In questa prospettiva appaiono dunque rassicuranti le conclusioni con cui, il 5 giugno 2014, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha espresso il suo apprezzamento per le soluzioni adottate dal nostro Paese al fine di porre rimedio al sovrannumero dei detenuti, prendendo atto della riduzione "importante e continua" della popolazione carceraria registrata nelle carceri italiane per effetto degli interventi di riforma occasionati dalla sentenza *Torreggiani*⁶⁸⁶.

5. *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze di condanna a pene detentive: la risocializzazione del condannato come fine della cooperazione giudiziaria.*

Dopo aver schematicamente posto in evidenza alcuni profili di tensione generati dal fenomeno della sovrappopolazione carceraria, è opportuno volgere lo sguardo alle fonti di diritto sovranazionale che mirano a rafforzare la fiducia reciproca tra Stati, alleviando, direttamente o indirettamente, la pressione detentiva. Al riguardo, può essere utile fermare l'attenzione su due strumenti di cooperazione giudiziaria adottati dal legislatore dell'Unione, suscettibili, almeno in astratto, di favorire un'esecuzione della pena in linea con le esigenze di risocializzazione e condurre a un complessivo miglioramento delle condizioni detentive.

Si allude, da un lato, alla decisione quadro 2008/909/GAI in tema di mutuo riconoscimento delle sentenze che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale e, dall'altro, alla decisione quadro 2008/947/GAI sul mutuo riconoscimento delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, entrambe operanti nel

⁶⁸⁵ In quest'ottica la Corte di cassazione, in un recente caso di estradizione verso il Brasile, ha ritenuto che il semplice proposito di ridurre la popolazione detenuta manifestato dalle autorità dello Stato di emissione non consenta di superare i timori legati alla critica condizione delle carceri riscontrata in quel Paese, prescrivendo al giudice del rinvio di acquisire ulteriori informazioni in merito alla reale condizione degli istituti penitenziari in cui dovrà essere eseguita la detenzione; cfr. Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 1490, cit., p. 66 ss.

⁶⁸⁶ Analogo apprezzamento per le misure "messe in campo" dall'Italia per dare esecuzione alla sentenza *Torreggiani*, è stato di recente espresso anche dalla stessa Corte EDU in due recenti decisioni di irricevibilità, cfr. Corte EDU, sez. II, decc. 25 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*, ric. n. 49169/09 e *Rexhepi e altri c. Italia*, ric. n. 47180/10 in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014.

solco tracciato da due convenzioni del Consiglio d'Europa di analogo contenuto: rispettivamente, la Convenzione sul trasferimento delle persone condannate del 21 marzo 1983 e la Convenzione del 30 novembre 1964 in tema di sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione.

Tali decisioni quadro sottopongono a profonda trasformazione la cooperazione giudiziaria in tema di pene detentive e sanzioni sostitutive⁶⁸⁷, estendendo l'area di operatività del principio del mutuo riconoscimento attraverso il progressivo superamento del tradizionale modello intergovernativo di trasferimento dei condannati, caratteristico degli strumenti di diritto pattizio in precedenza richiamati⁶⁸⁸. A ben vedere, inoltre, la specificità del modello di cooperazione delineato dagli strumenti in discorso risiede nel diverso rilievo conferito agli obiettivi di risocializzazione del condannato⁶⁸⁹ e nell'aspirazione a potenziare l'efficacia dei procedimenti di consegna per fare fronte al fenomeno del sovraffollamento carcerario⁶⁹⁰.

Il primo dei due strumenti citati – la decisione quadro 2008/909/GAI, trasposta in Italia con d.lgs. 161 del 2010 – prevede che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro (Stato di esecuzione) riconosca e dia esecuzione a una pena o a una misura di sicurezza detentiva irrogata in un altro Stato dell'Unione (Stato di emissione), ove l'autorità di quest'ultimo ne faccia richiesta. Lo Stato che riconosce ed esegue la pena detentiva inflitta all'estero è, di regola, quello di cittadinanza e residenza del condannato, ma la decisione quadro consente di ottenere l'esecuzione della pena anche da parte dello Stato in cui la persona dovrà essere espulsa o di qualsiasi altro Stato membro che dia il consenso alla trasmissione della sentenza di condanna e del relativo certificato.

Al pari di altri strumenti di mutuo riconoscimento, la decisione quadro in esame prevede: a) il superamento del requisito della doppia incriminazione per una serie di

⁶⁸⁷ Sul punto si veda A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les états membres: mise en perspective*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 25 ss.

⁶⁸⁸ N. PLASTINA, *L'esecuzione delle pene detentive*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, p. 591 ss.

⁶⁸⁹ La finalità di reinserimento sociale del resto contraddistingue anche alcune delle disposizioni della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE chiarisce infatti come "il motivo di non esecuzione facoltativa di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584, al pari dell'art. 5, punto 3, della stessa, miri segnatamente a permettere di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena"; Corte giust., 28 giugno 2012, West, causa C-192/12 PPU; sentenza 6 ottobre 2009, Wolzenburg, causa C-123/08, Racc. I-09621, punto 62; sentenza 17 luglio 2008, causa C-66/08, Kozłowski, Racc. pag. I-6041, punto 31

⁶⁹⁰ H. KUCZYNSKA, *Mutual recognition of judicial decisions in criminal matters with regard to probation measures and alternative sanctions*, in *EuCrim*, 2009, p. 45 ss.; C. MORGENSTERN, *European Initiatives for harmonisation and minimum standards in the field of community sanctions and measures*, in *European Journal of Probation*, 2009, p. 128 ss. e in particolare p. 138.

fattispecie gravi; b) la sostituzione dei rapporti intergovernativi con la cooperazione diretta tra autorità giudiziarie; c) l'indicazione tassativa di una serie di specifici motivi di rifiuto al trasferimento del condannato. Si delinea così un meccanismo di cooperazione interamente affidato alle autorità giudiziarie dei Paesi membri, diretto ad assicurare la massima speditezza alle procedure di consegna ed estremamente vincolante per i soggetti che vi prendono parte.

Le autorità nazionali sono infatti reciprocamente tenute a eseguire le sentenze di condanna a pene detentive irrogate in un altro Paese dell'Unione, ove non ricorra uno tra i motivi di rifiuto previsti dal legislatore UE e sempre che risultino soddisfatte le condizioni indicate dalla decisione quadro⁶⁹¹. La discrezionalità politica, caratteristica della cooperazione internazionale, lascia dunque spazio all'apprezzamento degli organi giudiziari, superando così il sistema del "doppio binario" basato sul primato della determinazione governativa rispetto alle valutazioni, obbligatorie ma non vincolanti, dell'autorità giudiziaria⁶⁹².

Le peculiarità del nuovo modello di cooperazione in tema di pene detentive, tuttavia, non si limitano al superamento dello schema intergovernativo tipico delle Convenzioni in vigore nella *subiecta materia*, ma paiono altresì riguardare il più ampio spazio riconosciuto alle istanze di risocializzazione del reo. È la stessa decisione quadro, del resto, a indicare come obiettivo principale quello di "aumentare le possibilità di reinserimento sociale della persona condannata"⁶⁹³ attraverso una complessiva semplificazione delle procedure di consegna dei condannati a pena detentiva.

L'assunto di base, naturalmente, è quello di impedire lo sradicamento del condannato dal contesto culturale, linguistico e sociale di provenienza, anche in ragione della scarsa efficacia di un percorso trattamentale che si rivolga a quanti, una volta terminata l'esecuzione della pena, debbano essere espulsi o intendano fare ritorno nel Paese d'origine⁶⁹⁴. Spetta quindi al giudice dello Stato di emissione verificare in concreto le

⁶⁹¹ Al riguardo merita di essere ricordata soprattutto la necessità che la persona oggetto della procedura di trasferimento si trovi, alternativamente, sul territorio dello Stato di esecuzione o su quello dello Stato di emissione.

⁶⁹² N. PLASTINA, *L'esecuzione delle pene detentive*, cit., p. 593; G. DIOTALLEVI, *Art. 697 c.p.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO (dir.), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. VIII, Milano, 2008, p. 330 ss.

⁶⁹³ Il *considerando* n. 9 afferma infatti: "L'esecuzione della pena nello Stato di esecuzione dovrebbe aumentare la possibilità di reinserimento sociale della persona condannata. Nell'accertarsi che l'esecuzione della pena da parte dello Stato di esecuzione abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, l'autorità competente dello Stato di emissione dovrebbe tenere conto di elementi quali, per esempio, l'attaccamento della persona allo Stato di esecuzione e il fatto che questa consideri tale Stato il luogo in cui mantiene legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di altro tipo".

⁶⁹⁴ In argomento si veda B. MAPELLI CAFFARENA, *Una nueva version de las normas penitenciarias europeas*, in *Revista electronica de Ciencia Penal y Criminologia*, 2006, n. 8, p. 28 il quale evidenzia le sfide poste

possibilità di risocializzazione del condannato oggetto di trasferimento, avuto riguardo in particolare ai legami che questi intrattiene con lo Stato di esecuzione.

Il rilievo assegnato alla finalità di reinserimento sociale sembra trovare conferma nella previsione dell'art. 4 par. 2 della decisione quadro, ove si prevede che l'autorità dello Stato di emissione dia avvio alla procedura di riconoscimento soltanto laddove nutra la certezza che l'esecuzione della pena nello Stato di esecuzione "abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata". Ne consegue, *a contrario*, che il giudice dello Stato emittente non potrà mai inoltrare una richiesta di riconoscimento ove permangano dubbi in merito alle maggiori possibilità di rieducazione offerte al detenuto dal ritorno nello Stato di cittadinanza o residenza.

La necessità di porre le condizioni per il reinserimento sociale del reo, tuttavia, si riflette anche nel minor peso attribuito al consenso del condannato ai fini della consegna allo Stato di esecuzione.

A differenza di quanto previsto dalla Convenzione del 21 marzo 1983 che qualifica il "consenso informato" del condannato come una condizione necessaria per il trasferimento nello Stato di cittadinanza⁶⁹⁵, nel sistema delineato dal legislatore dell'Unione possono darsi dei casi in cui, al duplice fine di facilitare la risocializzazione del condannato e assicurare l'effettiva esecuzione della condanna, può prescindersi dal consenso della persona interessata.

Si tratta delle ipotesi indicate all'art. 6 par. 2 della decisione quadro, a mente del quale non è necessario acquisire il consenso dell'interessato laddove la richiesta sia inoltrata: *a)* allo Stato membro di cittadinanza in cui la persona condannata vive; *b)* allo Stato membro verso il quale la persona condannata sarà espulsa, una volta dispensata dall'esecuzione della pena, in esecuzione di un ordine di espulsione o di allontanamento; *c)* allo Stato membro nel quale la persona condannata si è rifugiata per sottrarsi al procedimento penale pendente nei suoi confronti nello Stato di emissione o a seguito della condanna emessa dall'autorità giudiziaria di quest'ultimo⁶⁹⁶.

all'amministrazione penitenziaria dei Paesi UE dal crescente numero di detenuti residenti in altri Stati membri.

⁶⁹⁵ Escludono viceversa il consenso dell'interessato ai fini del trasferimento per l'esecuzione della pena all'estero, la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, firmata a L'Aja il 28 maggio 1970, e il Protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983, firmato il 18 dicembre 1997.

⁶⁹⁶ L'eccezione alla regola del consenso del condannato non si applica alla Polonia come Stato di emissione e come Stato di esecuzione nel caso in cui la sentenza sia stata emessa prima del termine di cinque anni a partire dal 5 dicembre 2011, salva la possibilità per tale Stato di non avvalersi di tale deroga comunicandolo in qualsiasi momento al Segretariato generale del Consiglio.

Si assiste quindi alla dissociazione della coppia consenso-risocializzazione che innerva da sempre il sistema di cooperazione in materia di trasferimento dei detenuti⁶⁹⁷ e che, più in generale, costituisce la necessaria premessa a un modello di rieducazione ispirato al rispetto della libertà morale del condannato⁶⁹⁸. Un risultato, questo, che lascia forse trasparire le intenzioni non dichiarate del legislatore europeo: attento non solo alle istanze di reinserimento sociale cui l'esecuzione penale deve tendere, ma anche alle non secondarie esigenze di inderogabilità della pena e alla stessa effettività del meccanismo di cooperazione giudiziaria⁶⁹⁹.

In quest'ultima prospettiva potrebbe non essere stata del tutto estranea al legislatore UE la volontà di potenziare l'efficacia dello strumento in discorso in chiave di decarcerizzazione: la decisione quadro, adottando un meccanismo più snello di quello prefigurato dalle Convenzioni internazionali vigenti in materia, si presta infatti a incidere in modo significativo sulla densità penitenziaria riscontrata nei singoli Stati membri, favorendo un più rapido trasferimento dei detenuti nello Stato di provenienza.

La trasposizione della decisione quadro in esame incide comunque sull'equilibrio tra reinserimento sociale e autonomia individuale del reo quale risulta dalla disciplina codicistica in tema di esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane⁷⁰⁰. L'art. 5 c. 4 del citato d.lgs. 161 del 2010 – che recepisce il dettato dell'art. 6 par. 2 della decisione quadro⁷⁰¹ – introduce infatti una rilevante eccezione alla regola di cui all'art. 742 c. 2 c.p.p., a mente del quale l'esecuzione all'estero di una sentenza penale può essere domandata solo se ritenuta in grado di favorire il reinserimento sociale del condannato e laddove quest'ultimo, reso edotto delle conseguenze, vi abbia acconsentito⁷⁰².

⁶⁹⁷ M. PISANI, *Reinserimento del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 513 ss.; M. BARAS GONZÁLEZ, *El espacio penitenciario europeo*, Madrid, 2014, p. 143 ss.

⁶⁹⁸ Sul punto si legga, da ultimo, V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 173 ss. e in particolare p. 198.

⁶⁹⁹ M. KNAPEN, *Implementation of framework decision on the enforcement of foreign criminal judgement: (how) can the aim of resocialisation be achieved?* in M. S. GROENHUIJSEN, THEO DE ROOS, T. KOOIJMANS, *Fervet Opus: Liber Amicorum-Anton Van Kalmthout*, Antwerpen, 2010, p. 113 ss.

⁷⁰⁰ Sul punto si rinvia A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *L'esecuzione all'estero e il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali penali*, in A. A. DALIA, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2014, p. 803 ss.

⁷⁰¹ Cfr. art. 5 c. 4 d.lgs. 161/2010: "È sempre richiesto il consenso della persona condannata per la trasmissione verso uno degli Stati membri indicati al comma 3, lettera c), salvo che si tratti dello Stato dove la persona condannata è fuggita o è altrimenti ritornata a motivo del procedimento penale o a seguito della sentenza di condanna. Il consenso alla trasmissione deve essere espresso dalla persona condannata personalmente e per iscritto".

⁷⁰² Il consenso prestato dal condannato all'esecuzione della pena all'estero non esclude peraltro la necessità di passare attraverso una deliberazione favorevole della Corte d'appello competente e ciò in quanto – come può ricavarsi dalla Relazione al progetto preliminare del c.p.p. – per assicurare il perseguimento dell'obiettivo del "miglior reinserimento sociale" alla libera determinazione del condannato deve accompagnarsi "la valutazione obiettiva [...] delle prospettive realmente offerte in tal senso dall'esecuzione all'estero nel singolo

Dal punto di vista effettuale la decisione quadro registra comunque un'applicazione ancora assai limitata, in ragione soprattutto del numero per ora contenuto di Stati membri che hanno provveduto ad adottare le opportune misure di recepimento⁷⁰³. È facile preconizzare, tuttavia, che non poche difficoltà potranno in concreto derivare dalle significative differenze rilevabili tra i diversi ordinamenti nazionali in tema di esecuzione della pena e benefici penitenziari; dell'una e degli altri, infatti, non di rado mutano radicalmente da uno Stato all'altro i presupposti, i meccanismi di controllo e le conseguenze in caso di revoca⁷⁰⁴.

6. *La libera circolazione delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive: un nuovo impulso alla diversificazione delle tipologie sanzionatorie?*

Il secondo degli strumenti dianzi richiamati – la decisione quadro 2008/947/GAI, ancora non recepita nell'ordinamento italiano – ripropone tutte le caratteristiche tipiche degli strumenti di cooperazione giudiziaria UE in materia penale, affermando il principio del mutuo riconoscimento anche per sentenze o decisioni che dispongono la sospensione condizionale della pena o l'applicazione di sanzioni sostitutive.

Ove infatti la sentenza di condanna non comporti l'esecuzione di una pena detentiva – perché questa risulta sospesa o perché in sostituzione di essa viene applicata una sanzione non carceraria – si prevede la possibilità di trasferire in capo alle autorità di un altro Stato membro (di regola, quello di residenza della persona interessata) l'obbligo di sorvegliare il rispetto delle prescrizioni imposte al condannato.

Come per la decisione quadro relativa al trasferimento dei detenuti, anche in questo caso appare prevalente l'obiettivo di favorire la risocializzazione del condannato evitando

caso concreto". Sul punto, M. PISANI, *Reinserimento del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., p. 520.

⁷⁰³ Si veda al riguardo la *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare, Bruxelles, 5 febbraio 2014, COM(2014) 57 final*, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2014 con osservazioni di A. MARTUFI, *La Commissione europea denuncia il ritardo degli Stati membri nell'attuazione della disciplina comune in tema di detenzione*.

⁷⁰⁴ La stessa decisione quadro, del resto, prevede espressamente che giudice dello Stato di esecuzione informi, su richiesta, le autorità dello Stato emittente in merito al regime che regola l'esecuzione penale nello stato *ad quem*, offrendo delucidazioni, in particolare, circa le condizioni previste per l'accesso alla liberazione condizionale, alla liberazione anticipata e all'indulto.

di recidere i legami familiari, linguistici e culturali che quest'ultimo intrattiene con lo Stato di origine.

La decisione quadro in tema di pene non detentive muove inoltre da un presupposto empirico ormai consolidato: la scarsa predisposizione dei giudici nazionali a disporre la sospensione condizionale o l'applicazione di misure alternative in favore di persone non residenti nello Stato della condanna; attitudine che riflette la pratica difficoltà di vigilare sul rispetto delle prescrizioni imposte a chi non risieda sul territorio nazionale, determinando così – a torto o a ragione – una prognosi sfavorevole in ordine alle possibilità di reinserimento sociale del condannato⁷⁰⁵.

La disciplina UE mira dunque a incrementare l'impiego di pene non carcerarie anche in considerazione dell'accresciuta libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione⁷⁰⁶. Al riguardo, sembra utile evidenziare come proprio al fine di consentire il pieno esercizio della libertà di circolazione, lo strumento in discorso non si limiti a prevedere il trasferimento della sorveglianza al solo Stato di residenza del condannato, ma consenta altresì di richiedere l'esecuzione del provvedimento anche allo Stato ove la persona intenda trasferire la propria residenza.

Ben si comprende, inoltre, come l'aspirazione della nuova disciplina sia quella di garantire il principio di non discriminazione tra cittadini di diversi Paesi membri dell'Unione, altrimenti messo a repentaglio dalla disparità di trattamento insita nella prassi di riservare ai soli residenti l'accesso alle alternative alla detenzione.

Da ultimo, non può essere taciuto come, unitamente al tentativo di contrastare il ricorso alla sanzione penale nei confronti dei cittadini UE non residenti nello Stato di condanna, la decisione quadro reiteri quella preoccupazione per le esigenze di difesa sociale propria di molti strumenti emanati nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione.

In particolare, a fronte del legittimo esercizio del diritto di circolare e risiedere sul territorio degli Stati membri anche da parte di soggetti destinatari di provvedimenti sanzionatori a carattere non detentivo (art. 3 del Trattato sull'Unione europea e art. 21 TFUE), il legislatore dell'Unione ha inteso rispondere alle esigenze di tutela della

⁷⁰⁵ S. NEVEU, *Probation measures and alternative sanctions in Europe: from the 1964 Convention to the 2008 Framework decision*, in *New Journal of European criminal law*, 2013, p. 135; per l'ordinamento spagnolo, con riferimento all'ammissione alla *libertad condicional* di cittadini UE non residenti sul territorio nazionale, M. BARAS GONZÁLEZ, *El espacio penitenziario europeo*, cit., p. 69.

⁷⁰⁶ Si veda il *considerando* n. 7 della decisione quadro: "Le norme della presente decisione quadro dovrebbero applicarsi conformemente al diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ai sensi dall'articolo 18 del trattato che istituisce la Comunità europea".

collettività e di protezione delle vittime prevedendo la "trasferibilità" della sorveglianza all'autorità dello Stato di residenza del condannato⁷⁰⁷.

A questo fine, la nuova disciplina sostituisce le corrispondenti disposizioni della già citata Convenzione del 30 novembre 1964 in tema di sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione, estendendone l'ambito applicativo e correggendone i limiti in vista – ancora una volta – di una più rapida ed efficace cooperazione tra autorità giudiziarie⁷⁰⁸.

Con maggior precisione, le norme di diritto derivato prevedono che il giudice dello Stato di emissione trasmetta la decisione che sospende la pena o applica la sanzione sostitutiva all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro. Quest'ultima, ricevuta la richiesta accompagnata dall'apposito certificato, avrà l'obbligo di riconoscere la sentenza e di assumere la sorveglianza sul condannato ove non ricorra uno dei motivi di rifiuto facoltativi previsti dalla decisione quadro.

Il riconoscimento della sentenza da parte dello Stato di esecuzione esonera l'autorità giudiziaria dello Stato che ha emesso la richiesta da ogni competenza in merito alla sorveglianza del condannato, la cui osservanza delle prescrizioni imposte con la sentenza dovrà essere presa in carico da parte del giudice competente dello Stato di esecuzione.

Non è possibile dare conto in questa sede dei numerosi elementi di problematicità che il recepimento della decisione quadro sembra destinata a suscitare. Ci si può però limitare a osservare come la disciplina UE offra una prima enumerazione dei provvedimenti e delle misure suscettibili di essere interessati dalla procedura di mutuo riconoscimento, sebbene, come è stato evidenziato, non si tratti di un elenco esaustivo, posto che gli Stati sono liberi di ampliarlo comunicando al Segretariato generale del Consiglio le altre misure e sanzioni di cui sono disposti a garantire la sorveglianza⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Al riguardo il considerando n. 8 precisa come: "lo scopo del reciproco riconoscimento e della sorveglianza della sospensione condizionale della pena, delle condanne condizionali, sanzioni sostitutive e decisioni di liberazione condizionale è non solo di rafforzare la possibilità del reinserimento sociale della persona condannata, consentendole di mantenere fra l'altro i legami familiari, linguistici e culturali, ma anche di migliorare il controllo del rispetto delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive allo scopo di impedire la recidiva, tenendo così in debita considerazione la protezione delle vittime e del pubblico in generale". Sul punto si veda N. PLASTINA, *L'esecuzione delle pene detentive*, cit., p. 620; C. MORGENSTERN, *European Initiatives for harmonisation and minimum standards in the field of community sanctions and measures*, cit., p. 138.

⁷⁰⁸ Si annoverano esemplificativamente: una più tassativa previsione dei motivi di rifiuto; l'eliminazione di cause ostative fondate sul richiamo a esigenze di ordine o sicurezza pubblica; il venir meno del requisito della doppia incriminazione; la previsione di un termine massimo di durata nello Stato di esecuzione. Sul punto, S. NEVEU, *Probation measures and alternative sanctions in Europe: from the 1964 Convention to the 2008 Framework decision*, cit., p. 138-139.

⁷⁰⁹ N. PLASTINA, *L'esecuzione delle pene detentive*, cit., p. 616; C. AMALFITANO, *Art. 1 d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 35 ss.

Peraltro, a fronte delle profonde diversità che caratterizzano la legislazione dei singoli Paesi UE sul punto, il legislatore europeo ha riconosciuto la possibilità di procedere a un opportuno adattamento delle misure irrogate o disposte dal giudice dello Stato di emissione quando la loro natura o durata siano incompatibili con la legislazione dello Stato di esecuzione; ciò, naturalmente, fatto salvo il divieto di *reformatio in pejus* e l'obbligo di massima corrispondenza alle misure originariamente disposte nello Stato emittente.

Senonché, una piena operatività del principio del mutuo riconoscimento nell'ambito delle alternative alla detenzione non può prescindere – nel medio-lungo periodo – da una presa d'atto dell'opportunità di una pur parziale armonizzazione delle risposte sanzionatorie alternative alla pena carceraria⁷¹⁰. Si tratta di un processo di riforma certamente lungo e complesso – che non può non essere accompagnato da un consolidamento della fiducia reciproca tra Stati membri – ma che pare ineludibile ove questi ultimi intendano procedere lungo la strada del perfezionamento di uno spazio comune di libertà sicurezza e giustizia.

In quest'ottica, un prezioso contributo sono chiamati a svolgere – ancora una volta – gli studi improntati al metodo della comparazione, intesa come attività che consente di elaborare “modelli giuridici di raffronto, sulla base dei quali impostare una ricerca finalistica sul piano della critica e delle riforme”⁷¹¹. Nella prospettiva di un miglior funzionamento dei meccanismi di riconoscimento reciproco, la ricerca comparata può infatti favorire la circolazione di modelli alternativi alla sanzione penale sperimentati nel diritto e nelle prassi degli Stati membri, e così alimentare i percorsi di riforma delle tipologie sanzionatorie intrapresi dai legislatori nazionali.

7. Conclusioni.

Lungi dall'essere soltanto il luogo in cui si manifesta la crisi di fiducia dei rapporti tra autorità statali, dunque, lo spazio giudiziario europeo costituisce anche un ambito di sperimentazione di possibili alternative alla pena carceraria; un laboratorio i cui risultati

⁷¹⁰ A. BERNARDI, *Il progetto di ricerca Prison overcrowding and alternatives to detention: contesto e linee programmatiche*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.4/2014, p. 12 del manoscritto; sul rapporto biunivoco tra armonizzazione e mutuo riconoscimento nella prospettiva delle sanzioni *latu sensu* sostitutive, cfr. A. WEYEMBERGH *La peine dans l'Union européenne: quel équilibre entre reconnaissance mutuelle et rapprochement des législations?*, in F. TULKENS, Y. CARTUYVELS and C. GUILLAIN (a cura di), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, 2011, p. 185. In argomento, con riferimento alla più ampia prospettiva del Consiglio d'Europa, si veda P. PONCELA, R. ROTH, *Une politique européenne de promotion des sanctions pénales alternatives à l'emprisonnement*, in P. PONCELA, R. ROTH (a cura di), *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, 2006, p. 11 ss.

⁷¹¹ P. NUVOLONE, *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Indice pen.*, 1980, p. 10.

sono suscettibili di "circolare" da uno Stato all'altro anche grazie al recepimento di strumenti normativi volti a dare attuazione al principio del mutuo riconoscimento.

Al contempo, sebbene non sia prudente nutrire soverchie illusioni al riguardo, il meccanismo delineato dalle decisioni quadro esaminate appare in grado di allentare la pressione detentiva a cui il nostro sistema penitenziario risulta tutt'ora sottoposto: il trasferimento del detenuto nello Stato di provenienza e la possibilità di "conferire" alle autorità di quest'ultimo la sorveglianza sulle prescrizioni imposte al condannato non residente si prestano infatti a circoscrivere alle sole ipotesi di maggior allarme sociale il ricorso all'esecuzione penitenziaria.

Non può essere taciuto, infine, come gli strumenti di cooperazione descritti contribuiscano, almeno sulla carta, a favorire una reale pluridimensionalità del trattamento rieducativo, consentendo di adeguare l'esecuzione della pena all'identità sociale, culturale e linguistica del condannato⁷¹². Si tratta di un riflesso di quel principio di uguaglianza che, nella materia considerata, opera nella duplice accezione di canone generale di diritto dell'Unione e di argine di fronte a possibili discriminazioni dei detenuti da parte dell'amministrazione penitenziaria⁷¹³.

La strada del recepimento delle disposizioni UE in tema di detenzione appare comunque tutta in salita, posto che appena la metà dei Paesi membri ha sin qui provveduto ad adottare le opportune norme di trasposizione⁷¹⁴: un'inerzia che espone oggi lo Stato ad eventuali condanne per inadempimento da parte della Corte di giustizia, essendo decorso il periodo transitorio di cinque anni – dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1 dicembre 2009 – durante il quale non era consentito l'esperimento di procedure di infrazione per gli atti varati nell'ambito del c.d. "terzo pilastro" dell'Unione europea.

Resta comunque fermo che, in assenza di un incisivo sforzo da parte degli Stati membri per garantire pieno riconoscimento e tutela ai diritti del detenuto, non sarà possibile ripristinare la fiducia reciproca minata dalle patologie del sistema

⁷¹² In argomento, cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 198.

⁷¹³ Sulla disciplina penitenziaria europea si allungano comunque anche numerose ombre. Suscita perplessità, in particolare, la già evidenziata scelta di escludere, a talune condizioni, il consenso al trasferimento della persona condannata, così come non sembra rassicurante l'orientamento interpretativo – maturato nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di mandato d'arresto europeo – che subordina il perseguimento degli obiettivi di risocializzazione alla prioritaria efficacia dei meccanismi di cooperazione giudiziaria (Corte giust., sentenza 6 ottobre 2009, Wolzenburg, causa C-123/08, cit., punto 62); in argomento, cfr. S. MIETTINEN, *Onward transfer under the European Arrest Warrant: is the EU moving toward the free movement of prisoners?*, in *New Journal of European criminal law*, 2013, p. 99 ss.

⁷¹⁴ Si veda di nuovo la *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare, Bruxelles, 5 febbraio 2014, COM(2014) 57 final*, cit.

penitenziario⁷¹⁵. In questo senso si muovono talune iniziative adottate all'indomani del Trattato di Lisbona dalle istituzioni dell'Unione europea: si allude, segnatamente, alla risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell'Unione europea⁷¹⁶ e, soprattutto, al Libro verde sulla detenzione in Europa, adottato dalla Commissione sempre nel 2011 in vista di un'armonizzazione delle condizioni dei detenuti negli Stati membri⁷¹⁷.

Si tratta, per ora, di semplici tasselli in un mosaico ancora da comporre: quello di un comune spazio penitenziario europeo cementato dal rispetto dei diritti fondamentali della persona.

⁷¹⁵ S. BUZZELLI, *Il rompicapo penitenziario italiano nello spazio unico europeo*, cit., p. 546 ss.

⁷¹⁶ Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell'UE (2011/2897(RSP))*.

⁷¹⁷ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sull'applicazione della normativa UE nel settore della detenzione*, cit.