

**Diritto alla *privacy* e detenuti in regime 41-*bis* ord. penit.:
un duetto consacrato dalla cassazione**

BENEDETTA BOCCHINI

La decisione

Carceri e sistema penitenziario - Sospensione delle normali regole di trattamento - Necessità della video-sorveglianza - Esclusione (L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-*bis*, come modificato da L. 23 dicembre 2002, n. 279, art. 2 e dalla L. 15 luglio 2009, n. 94, art. 2)

*Viola l'art. 8 C.e.d.u. e l'art. 27 Cost. la video-sorveglianza costante in cella (in particolare anche durante l'uso della toilette) di un soggetto al quale sono state sospese le normali regole di trattamento ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. penit., allorquando i controlli fisici diretti, mediante feritoie ed oblò, sono ritenuti sufficienti a prevenire possibili aggressioni alla persona del detenuto stesso.*

CASSAZIONE PENALE, QUINTA SEZIONE, 15 marzo 2011 (dep. 26 aprile 2011) - FERRUA *Presidente* - SANDRELLI *Relatore* - MURA *P.M.* (conf.).- P.G. in c. Lopiccio, ricorrente.

Il commento

1. Ogni qualvolta si discute del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. e dell'effettività dei diritti, costituzionali e sovranazionali, che dovrebbero essere garantiti anche ai detenuti sottoposti ai regimi di restrizione "speciali", lo Stato italiano, al pari dell'Amleto che mostrava il suo spettro, sembra forzato a "sopportare gli oltraggi, i sassi e i dardi dell'iniqua fortuna". L'affermazione pare audace ma non priva di fondamento laddove si tengano a mente i numerosi moniti promananti tanto dalla Corte europea, che in diverse occasioni e per diversi aspetti ha avuto modo di censurare il "carcere duro" indirizzandolo verso parametri di pura legalità¹, quanto dalle giurisdizioni interne, vuoi di merito vuoi di legittimità che, raddrizzando il tiro rispetto anche a precedenti

¹ A titolo esemplificativo, in passato, sotto il profilo della violazione dell'art. 8 C.e.d.u., la Corte europea riconosceva una carenza della legislazione italiana considerata spoglia - almeno sino al 2004 - di un valido fondamento normativo interno e per ciò tale da comportare un'indebita ingerenza nel diritto alla segretezza della corrispondenza dei detenuti (C. eur., 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*; ma anche, C. eur., 29 settembre 2005, *Leo Zappia c. Italia*; C. eur., 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*; C. eur., 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas c. Italia*). Situazione questa che indusse, in risposta alle numerose e pesanti condanne inflitte (C. eur., 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*; C. eur., 15 novembre 1996, *Diana c. Italia*; C. eur., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; C. eur., 21 dicembre 2000, *Rinzivillo c. Italia*; C. eur., 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*; C. eur., 26 luglio 2001, *Di Giovine c. Italia*; C. eur., 24 ottobre 2002, *Messina (n. 3) c. Italia*), il legislatore del 2004 (l. 8.4.2004, n. 95) ad intervenire nel settore *de quo* introducendo, con l'art. 18-*ter* ord. penit, precisi limiti soggettivi e di contenuto alle diverse forme di verifica sulla corrispondenza, nonché, l'ulteriore opportunità, per il detenuto, di appellarsi contro le misure restrittive della libertà di corrispondenza decise dalle autorità competenti.

orientamenti, hanno promanato deliberazioni destinate ad incidere profondamente sulle sorti del regime speciale². E la decisione in commento rappresenta una conferma in tal senso nello statuire un ortodosso ed inedito principio di diritto avente ad oggetto il riconoscimento fattivo del diritto alla *privacy* di un ristretto in regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., nel senso di evitare modalità invasive di controllo per non ledere la psiche del detenuto stesso.

La vicenda si appresta ad essere intrigante nelle dinamiche ma ancor più nella risoluzione offerta dai giudici di legittimità, ennesima testimonianza del modo in cui le esigenze contrapposte di garantire la repressione dei fenomeni mafiosi da un lato e di riconoscere i diritti costituzionalmente assunti dall'altro, determinano spesso costruzioni teoriche e dogmatiche parzialmente contrastanti.

Nello specifico, il detenuto condannato al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. presso il carcere di Opera, assegnato alla cosiddetta "area riservata"³, proponeva diversi reclami al Tribunale di Sorveglianza di Milano adducendo quale motivazione una lunga lista di restrizioni tipiche del regime carcerario in discorso, tra cui la video-sorveglianza costante in cella ed anche nella *toilette*. Reclami, i sopradetti, puntualmente rigettati dalla Magistratura di merito sottoposta, dunque, al vaglio di legittimità. Nell'occasione la prima Sezione penale della Corte di cassazione, rimandando il procedimento ad altra sezione competente di Milano, annullava l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza non avendo egli «*espresso valutazione alcuna in riferimento alla doglianza relativa al controllo a mezzo di video-sorveglianza disposto sull'intero arco della giornata, fino a ricomprendervi quello relativo anche ai momenti in cui*

²Basta porre mente alla sentenza Cass., Sez. I, 12 luglio-3 ottobre 2006, Somogy, in www.eius.it, con cui è stato affermato che il giudice italiano è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea; ma anche alle delibazioni di merito più "obsoleto" (T. Sorv. Roma, 11 maggio 2004, n. 4076; T. Sorv. Perugia, 15 aprile 2004, n. 670; T. Sorv. Perugia, 15 aprile 2004, n. 671; T. Sorv. Torino, 25 febbraio 2004, n. 953; T. Sorv. L'Aquila, 10 febbraio 2004, n. 347), decretanti la natura ordinatoria del termine di cui al co. 2-*sexies* dell'art. 41-*bis*, che prevedeva la decisione del Tribunale di Sorveglianza entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo, destinate ad abdicare alle numerose decisioni di condanna da parte della Corte di Strasburgo, le quali a loro volta, pena la violazione dell'art. 6 C.e.d.u., fissavano la "perentorietà" del suindicato termine: C. eur., 30 ottobre 2003, *Ganci c. Italia*, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, C. eur., 8 febbraio 2005, *Bifulco c. Italia*.

³La c.d. "area riservata" è un trattamento penitenziario di maggior rigore rispetto a quello tipico del regime 41-*bis* ord. penit.; non per nulla, stante la sentenza Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, *Lo Piccolo, inedita*, la stessa applicazione all'area riservata deve considerarsi compiuta «*in violazione dell'art. 71-bis co. 3 ord. penit.*» laddove non sono «*stati svolti i necessari accertamenti volti a definire le differenze di regime tra quello espressione dell'art. 41-bis ord. penit e quello applicato con l'assegnazione dell'area riservata*».

il detenuto utilizza la toilette», essendo siffatta prescrizione «in contrasto sia con l'art. 3 della C.e.d.u., che vieta i trattamenti degradanti, sia dell'art. 8 della C.e.d.u., che riconosce solennemente il diritto della persona umana alla sua vita privata, nozione questa che va intesa sino a ricomprendervi i momenti di intimità personale fruibili altresì da parte dei detenuti, sia dall'art. 27 co. 2 della nostra Carta Costituzionale, che vieta trattamenti detentivi contrari al senso di umanità»⁴. Invero, pur non potendosi aprioristicamente escludere ragioni “possibili ed ipotizzabili”, «per le quali i diritti di superiore rango facenti capo al detenuto possano trovare legittima limitazione, limitazione a parere della Corte, individuabili in un'unica direzione, quella del favor custodiae, che può ricorrere, ad esempio, quando v'è ragionato pericolo di atti di autolesionismo, eppertanto di evenienze che la P.A. deve istituzionalmente contrastare nell'interesse del detenuto», in assenza di siffatte ragioni una così «incisiva e, soprattutto, invasiva modalità di controllo carcerario, idonea a determinare nel tempo pesantissime conseguenze sulla stessa psicologia del detenuto, eppertanto sulla sua salute personale, può essere consentita esclusivamente in presenza di evidenziate e motivate necessità» che il giudice territoriale è tenuto a motivare dettagliatamente⁵.

Cosicché, in seconda battuta, il Giudice di Sorveglianza di Milano, aderendo alle argomentazioni espresse nel giudizio nomofilattico - «ritenuto che il DAP non ha mai rappresentato la possibilità o il timore che il soggetto commetta atti autolesivi» né il detenuto «ha posto in essere alcun gesto di questo genere nel corso della detenzione» e dunque «che non vi è motivo di pensare che nel caso di specie occorra riprendere ogni momento della vita del soggetto, anche nella toilette, con riguardo particolare al compimento di atti intimi» perché, pur ritenendo possibile la sussistenza di «situazioni di pericolo esterne» e di «etero-aggressioni», queste possono essere scongiurate con strumenti di «minore invasività della telecamera 24 ore su 24» quali l'utilizzo dell'oblò certamente meno invasivo della telecamera attesa la «continuità» della stessa e «le modalità che la caratterizzano, quale il fatto che essa può essere condivisa tra più persone e che la medesima può essere rivista nel tempo» - ha accolto l'istanza del detenuto nella parte in cui era finalizzata ad eliminare la videosorveglianza, anche e soprattutto durante l'utilizzo del bagno, con modalità che possano ledere l'intimità e la sua riservatezza⁶.

⁴ Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, Lo Piccolo, *inedita*.

⁵ Ancora, Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, Lo Piccolo, *cit.*.

⁶ Magistrato di Sorveglianza di Milano, 9 marzo 2010, Lo Piccolo, *inedita*.

Avverso questa decisione ha interposto ricorso per cassazione il Pubblico Ministero dolendosi dell'insufficiente motivazione al cospetto delle spiccate caratteristiche di pericolosità del condannato. E la sentenza in commento ha avuto il pregio di affermare, per la prima volta in Italia, come il diritto all'intimità e alla riservatezza di un recluso, ancorché in regime "41-bis", non può ricevere limitazione alcuna soprattutto laddove esigenze ulteriori, quali la prevenzione da potenziali atti auto-lesivi, possono essere garantite con strumenti meno invasivi quali feritoie ed oblò «*ritenuti sufficienti a prevenire possibili aggressioni alla persona del detenuto*». Ed anche il goffo tentativo compiuto dalla Procura di aggirare i precedenti principi di diritto, *bypassando* per la "spiccata pericolosità" del detenuto, sembra essere miseramente fallito al cospetto della necessità di iniziare a rendere effettiva, anche per i ristretti più pericolosi, una detenzione proficua alla "rieducazione", inevitabilmente rappresentata dal rispetto della legalità esteriore della pena che non può andare a danno della psiche umana già di per se sottoposta a rigide prove all'interno delle sezioni di massima sicurezza che, nelle loro drammatiche realtà, lungi dal contribuire ad emendare il reo, possono, in assenza di interventi correttivi quali questi in discorso, addirittura deteriorarne la personalità trasformandosi in luoghi di contagio criminale. Stessa sorte ha avuto l'ulteriore sforzo compiuto dalla Procura di svilire l'aggressività della video-sorveglianza, che avrebbe dovuto essere considerata «*molto meno invasiva della stretta sorveglianza a vista, essendo impossibile per l'Agente la visione continuativa e contemporanea dei filmati dei detenuti della sezione*»⁷, sul presupposto che «*se, poi, la video sorveglianza sia modalità che meno invade la sfera personale del detenuto (e che esplica anche una migliore funzione di prevenzione per atti illeciti), rispetto ai tradizionali ed esistenti metodi di controllo, è valutazione esterna al dictum della decisione rescissoria e che attiene a considerazioni di merito non pertinenti a questa fase del giudizio*»⁸.

Certamente va dato atto di come la Corte di cassazione, con coraggio, abbia tracciato il primo precedente in materia ricordando come la logica carceraria deve rimanere strettamente interconnessa con il diritto costituzionale: una limitazione quale quella della video-sorveglianza, da considerarsi suppletiva ed ingiustificata se non arginata nel suo giusto ambito, rischierebbe di ridurre a lettera morta il chiaro divieto di "trattamenti detentivi contrari al senso di

⁷ Si legge nel Ricorso per cassazione del 26 marzo 2010 fatto dalla Procura di Milano avverso l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Milano, 9 marzo 2010, Lo Piccolo, *cit.*

⁸ Cass., Sez. V, 15 marzo 2011, Lo Piccolo, *inedita*.

umanità” svilendo quella tradizione italiana che vuole la pena finalizzata al recupero ed al reinserimento sociale del reo.

2. Che il regime 41-*bis* ord. penit. sia stato vittima nel corso del tempo di una iperproduttività legislativa è dato storico: dalle decretazioni d’urgenza degli anni 1990-1992⁹, si passò per le reiterate proroghe degli anni 1995-1999¹⁰, sino a giungere, con la legge 23 dicembre 2002, alla introduzione definitiva del “carcere duro” nel sistema italiano. Sta di fatto che se il Legislatore del 2002 ha avuto il merito di giurisdizionalizzare il regime 41-*bis* ord. penit. per gli aspetti legati ai presupposti applicativi e alle modalità del reclamo¹¹, altrettanto non può dirsi per ciò che concerne le restrizioni intramurarie le quali, in un clima chiaramente ostativo alla precisa volontà costituzionale diretta a rieducare -e non certo affliggere- il reo (art. 27, 3° co., Cost.)¹², contravvenendo i moniti del Tutore della leggi¹³, hanno da sempre intaccato, in diverso peso e misura, i diritti riconosciuti dall’ordinamento a chi versa in *status detentionis*. La necessità di un *restyling* legislativo, capace di coniugare le pesanti vessazioni tipiche del regime carcerario 41-*bis* ord. penit. con quella logica, invece, garantistica dello stesso assetto penitenziario, è stata da sempre avverti-

⁹ Ci si riferisce al d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356.

¹⁰ L’art. 41-*bis* ord. penit., proprio in quanto norma a carattere emergenziale, avrebbe dovuto avere un’efficacia temporanea inizialmente limitata ad un triennio. Purtroppo, l’efficacia temporanea è stata prorogata, fino al 31-12-1999 dall’art. 1 l. 16-2-1995, n. 36, poi, sino al 31-12-2000 dall’art. 1 l. 26-11-1999, n. 446 ed infine, successivamente fino al 31-12-2002 dall’art. 12 d.l. 24-11-2000, n. 341, convertito, con modificazioni, in l. 19-1-2001, n. 4.

¹¹ In dottrina, cfr. GAITO, *Primi disorientamenti giurisprudenziali in tema di controlli sull’esecuzione penitenziaria*, in *Dir. Proc. pen.*, 2003, 1528; GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41 bis ord. penit.*, *ivi*, 2004, 355; MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, *ibidem*, 1290; BOCCHINI, *Sull’ampiezza del controllo giurisdizionale in tema di carcere duro*, in *Giur. merito*, 2004, 1152. Si tenga conto che gli attuali commi da 2 a 2-*sexies* dell’art. 41-*bis* ord. penit. hanno sostituito gli originari commi 2 e 2-*bis*, ai sensi di quanto disposto dall’art. 2, l. 23 dicembre 2002, n. 279. Successivamente, i co. 2-*quinquies* e 2-*sexies* sono stati sostituiti dalle lett. g) ed h) del co. 25 dell’art. 2, l. n. 94 del 2009.

¹² Per tutte, Corte cost. 26 novembre-5 dicembre 1997, n. 376.

¹³ «L’art. 41 bis, 2° comma, ord. penit. prevede che possa essere sospesa l’applicazione delle regole e degli istituti “che possono porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza”. Ciò comporta un ulteriore limite, questa volta interno, all’esercizio del potere ministeriale: non possono cioè disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l’ordine e la sicurezza, o siano palesemente inadeguate o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, diventando ingiustificate deroghe all’ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»; in tal senso, celeberrima la sentenza Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 351.

ta quale prioritaria da tutti gli operatori giuridici; certo è che non ci si sarebbe attesi che il Legislatore tornasse a legiferare sul tema con una soluzione ancor più discutibile oltretutto maggiormente afflittiva. Avremmo, infatti, dovuto attendere ben sette anni per l'emanazione dell'ormai conosciuto pacchetto sicurezza 15 luglio 2009, n. 94 il quale, all'interno di un sistema eterogeneo di provvedimenti, nel tentativo di districare i nodi della matassa lasciati dalla l. n. 279 del 2002, ha fatto seguire un inasprimento delle modalità applicative del "carcere duro" attraverso una serie di interventi diretti ad un pesantissimo aumento delle restrizioni. Nello scorrere la lunga lista di "limitazioni" codificate nel nuovo co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit. non può non notarsi l'ennesimo contraccolpo riservato ai valori costituzionali ormai mortificati sotto diverse accezioni: a testimonianza di una *voluntas legis* tendente all'isolamento di alcune classi di criminali, è previsto che i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione dovranno essere confinati all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria¹⁴. Per i colloqui con i familiari si assiste ad una riduzione da due ad un solo colloquio mensile, i colloqui con il difensore sono possibili ma non più di tre alla settimana e di durata, ciascuno, non superiore a quella del colloquio con i familiari; il -potenziale- colloquio telefonico mensile è ora alternativo al colloquio "di persona". I ristretti speciali staranno in cella con blindate chiuse per ventidue ore al giorno (prima erano venti), non potranno incontrare i parenti più di un'ora al mese e con un vetro divisorio che impedisce i contatti. L'ora d'aria sarà possibile ma in gruppi di socialità di un massimo di quattro persone e per un massimo di due ore al giorno, con "assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità" e perfino di "scambiare oggetti e cuocere cibi". Verranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scam-

¹⁴ BOCCHINI, *Commento all'art. 2, co. 25 e 26 della legge 15 luglio 2009, n. 94*, in *Leggi penali complementari*, a cura di GAFFO-RONCO, Milano, 2009, 1966 ss. ha precisato che: «un rafforzativo dello status di impotente soggezione è dimostrato anche dalla modifica letteraria: se, in passato, la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al co. 2 "poteva comportare" -evidentemente lasciando spazio a manovre discrezionali in cui non avrebbe potuto invece comportare alcunché oggi espressamente ed imperativamente "prevede", evidentemente inibendo qualsiasi possibilità di scindere le varie "posizioni" criminali e i relativi trattamenti penitenziari».

biare oggetti e cuocere cibi. E per quello che interessa ai nostri fini, l'ascolto e la registrazione audio-video, da soltanto "possibili" diventano ora obbligatori nella forma della "videoregistrazione" non solo durante i colloqui con i familiari ma anche permanentemente nell'intera giornata in cella (ed a quanto pare anche nella *toilette*).

A questo punto una riflessione in chiave di metodo si impone. Che la video registrazione vada ad intaccare il concetto di *privacy*, ovvero di riservatezza, notoriamente conosciuto come «il diritto ad essere lasciati soli» («*the right to be let alone*»), è dato indiscutibile; ma quello che non si comprende è il motivo per il quale, attraverso il parallelismo con altre normative analoghe, l'unico settore sprovvisto di una base legislativa solida sia quello dell'art. 41-bis ord. penit. Ci si spiega. Ciò che viene a mente in questo momento è l'immenso universo legislativo, dottrinale e giurisprudenziale esistente in tema di intercettazioni telefoniche – che per quanto invasive rimangono meno incidenti di una video-registrazione costante anche nei momenti intimi – per le quali la Corte Europea ha avuto il pregio di fornire alcune linee guida portanti: l'intercettazione di conversazioni telefoniche costituisce una ingerenza di una autorità pubblica nel diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza («*ingérence d'une autorité publique dans le droit au respect de la vie privée et de la correspondance*»). Tale ingerenza viola l'art. 8 della Convenzione salvo che non sia "prevista dalla legge" («*prévues par la loi*»); che non persegua uno o più scopi legittimi con riferimento al paragrafo 2 del medesimo art. 8, e, di più, che essa non sia "necessaria in una società democratica" per perseguire tali scopi («*nécessaire, dans une société démocratique pour les atteindre*»)¹⁵.

Ed allora, per una sorta di *reductio ad unum*, trattandosi di una materia "analogica", potendo certamente applicare i principi di cui sopra alla disciplina della video-registrazione, stavolta anche con l'apporto della giurisprudenza nostrana, potremmo giungere a tracciare alcune fondamentali conseguenze: la video-registrazione deve essere necessaria, con ciò sottintendendo in una sorta di *escalation* la residualità del mezzo più invasivo e il bisogno di raggiungere "gli scopi" partendo da tecniche meno lesive; la video-registrazione viola l'art. 8 C.e.d.u. e l'art. 27 Cost. a meno che vi sia una legge che la regoli dettagliatamente, non bastando di certo una normativa generale quale quella attualmente vigente ma occorrendo, piuttosto, una disciplina *ad hoc* capace di fissare modi, forme, presupposti applicativi, conservazione dei dati e nondimeno tempistiche per l'eventuale stralcio degli stessi.

¹⁵ Per tutte *cf.* C. eur., 30 luglio 1998, *Valenzuela Contreras c. Spagna*; nonché C. eur., 25 marzo 1998, *Kopp c. Svizzera*, § 50.

3. Se dovessimo tracciare un bilancio circa l'opera compiuta dallo Stato italiano per il regime carcerario in discorso, la cartina di tornasole sarebbe rappresentata dall'atteggiamento manifestato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha avuto modo, con una lunga serie di battute d'arresto¹⁶, di verificare la compatibilità del "carcere duro" con la Convenzione europea sotto diversi profili. Per circoscrivere il discorso a quello che interessa ai nostri fini, tralasciando gli aspetti propriamente procedurali legati all'art. 41-bis ord. penit. e all'eventuale violazione degli artt. 5 e 6 C.e.d.u.¹⁷, merita di essere sottolineata quella giurisprudenza europea volta a stabilire se nella sua concreta attuazione, il regime di sospensione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario, possa porsi in contrasto tanto con l'art. 3 C.e.d.u., nella parte in cui vieta la sottoposizione a tortura o trattamenti disumani o degradanti, quanto con l'art. 8 C.e.d.u., che sancisce il principio della tutela della libertà della vita privata e familiare e la garanzia secondo cui le relative limitazioni debbono essere previste dalla legge e giustificate da esigenze di sicurezza nazionale, sicurezza pubblica, benessere economico del paese, difesa, ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale o dei diritti e libertà altrui¹⁸.

In merito al primo profilo i Giudici Strasburghesi hanno posto le fondamenta per stabilire se le limitazioni tipiche del "carcere duro" possano ritenersi giustificate rispetto alle norme di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, di salvaguardia della sua dignità e integrità, fisica, psichica e morale. Partendo dalla premessa che l'art. 3 della Convenzione vieta la tortura e i trattamenti disumani e degradanti in modo assoluto, costituendo tale assunto uno sbarramento forte, nel senso di non poter ipotizzare alcun regime penitenziario capace di collocarsi al di sopra della tutela accordata dall'art. 3 C.e.d.u., si è giunti a

¹⁶ In particolare, C. eur., 15 gennaio 2008, *Bagarella c. Italia*; C. eur., 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; C. eur., 4 dicembre 2007, *Papalia c. Italia* e C. eur., 24 gennaio 2008, *Di Giacomo c. Italia*.

¹⁷ Cfr. in tal senso: C. eur., *Asciutto c. Italia*, cit., § 30 e ss.; C. eur., *Papalia c. Italia*, cit., § 21 e ss.; nonché, C. eur., *Messina c. Italia*, cit., § 95 e ss.

¹⁸ In merito alle violazioni dell'art. 8 l'ulteriore profilo esaminato dalla Corte concerne la garanzia del diritto di difesa del detenuto sottoposto a regimi restrittivi. In particolare, la questione oggetto dell'attenzione è stata la compatibilità con le norme dell'art. 8 della Convenzione, che prevedono un contatto "diretto" della parte processuale con il giudice, della previsione della partecipazione alle udienze penali attraverso la tecnologia della videoconferenza. Altre pronunce concernono le denunciate lesioni del diritto alla riservatezza della corrispondenza; in argomento si vedano: C. eur., *Asciutto c. Italia*, cit., § 77 e ss.; C. eur., *Bagarella c. Italia*, cit., § 45 e ss.; C. eur., *Papalia c. Italia*, cit., § 45 e ss. e C. eur., *Di Giacomo c. Italia*, cit., § 16 e ss..

stabilire che il contenuto segregativo del regime¹⁹ non raggiungerebbe la soglia dell'assolutezza e della totalità essendo giustificato, data la gravità dei reati in questione, da «*evidenti ragioni di sicurezza pubblica*»²⁰. Dunque, se la sospensione delle ordinarie regole di trattamento prevista dall'ordinamento italiano per contrastare il fenomeno mafioso non è, in se e già sul piano astratto, in contrasto con i diritti umani fondamentali²¹, occorre valutare se la stessa non sia passibile di censure sotto il profilo della sua applicazione concreta. Conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte, per rientrare nella sfera di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione, un cattivo trattamento deve raggiungere una soglia minima di gravità.

La valutazione di questo minimo è relativa; essa dipende dall'insieme delle circostanze della causa, dalla durata²², se la detenzione si ponga in linea con il trattamento individualizzato che costituisce il cardine dell'ordinamento penitenziario italiano²³, dagli effetti fisici o mentali prodotti, se vi sia proporzione tra il trattamento restrittivo e la finalità preventiva nonché, talvolta, dal sesso,

¹⁹ Ancora, C. eur., *Bagarella c. Italia*, cit., § 29 e ss.

²⁰ Sempre in argomento C. eur., *Bagarella c. Italia*, cit., § 33.

²¹ Per la formulazione di identico orientamento con riferimento a istituti analoghi di altri ordinamenti, si veda, per tutte, C. eur., 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, § 191.

²² Nella sentenza *Bagarella c. Italia*, cit., § 29, la Corte osserva come, in assenza di circostanze particolari, anche una sottoposizione ultradecennale al regime non oltrepassa necessariamente i confini di cui all'art. 3 Convenzione. Tuttavia in altra giurisprudenza ha precisato che in linea generale, l'applicazione prolungata di alcune restrizioni potrebbe porre un detenuto in una situazione tale da costituire un trattamento inumano o degradante, anche se rimane aprioristicamente difficile stabilire un lasso di tempo preciso a partire dal quale si raggiunge il livello minimo di gravità ai fini dell'applicazione dell'articolo 3 C.e.d.u. Occorre comunque appurare «*se, in un specifico caso, il rinnovo ed il prolungamento delle restrizioni trovino giustificazione o se, al contrario, dette misure costituiscano una reiterazione di restrizioni non più giustificate*»; in tal senso C. eur., 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*, § 21. Inoltre, C. eur., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ha affermato che: «*se lo Stato non provvede ad assicurare al detenuto la reclusione in uno spazio sufficiente commette una violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea che stabilisce il divieto di trattamenti disumani e degradanti. In spazi eccessivamente ristretti, condivisi con altri detenuti, si verifica in modo automatico, senza necessità di ulteriori accertamenti, una violazione della Convenzione. Se, invece, gli spazi della cella sono più ampi, la Corte europea, per accertare la violazione, è tenuta a valutare anche le altre condizioni della vita carceraria. Se lo Stato non provvede ad assicurare al detenuto la reclusione in uno spazio sufficiente commette una violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea che stabilisce il divieto di trattamenti disumani e degradanti. In spazi eccessivamente ristretti, condivisi con altri detenuti, si verifica in modo automatico, senza necessità di ulteriori accertamenti, una violazione della Convenzione. Se, invece, gli spazi della cella sono più ampi, la Corte europea, per accertare la violazione, è tenuta a valutare anche le altre condizioni della vita carceraria*», in *Guida dir.*, 2009, fasc. 36, p. 89 ss., con commento adesivo di CASTELLANETTA.

²³ Il principio fondatore dell'esecuzione penale ispirata alla «*individualizzazione del trattamento e della progressività trattamentale*» è affermato da C. Cost. 4 luglio 2006, n. 255.

dall'età e dallo stato di salute della vittima²⁴. Per tali ragioni le allegazioni dei “cattivi trattamenti penitenziari” devono essere supportate da adeguati elementi di prova²⁵ che saranno valutati “al di là di qualsiasi ragionevole dubbio”. Affinché una pena e le modalità esecutive che la accompagnano possano essere qualificati “inumani” o “degradanti”, la sofferenza o l'umiliazione devono comunque andare oltre la misura che inevitabilmente comporta una certa forma di trattamento o di pena legittimi. Trattandosi in particolare di persone private della libertà, l'art. 3 C.e.d.u. impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non lo sottopongano ad uno svilimento o ad una prova la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute ed il benessere del ristretto vengano assicurate in maniera adeguata²⁶.

Da qui la necessità per la Corte di collocare difficilmente alcuni regimi penitenziari italiani considerati *borderline* rispetto ai principi della Convenzione: si pensi alle rimostranze manifestate per tutti i provvedimenti amministrativi di applicazione della sorveglianza particolare (art. 14-*ter* ord. penit.) recanti, tra le tante, prescrizioni inerenti la privazione di oggetti quali uno specchio nella cella, ovvero l'apparecchio televisivo. Si tratta di privazioni, non direttamente previste dalla legge, che paiono difficilmente potersi giustificare, specie se adottate in via generalizzata e senza il supporto di motivazione che faccia riferimento a indizi concreti ed effettivi di pericolosità, in una logica preventiva e paiono, invece, avere una finalità esclusivamente segregativa, punitiva e disgregante, di legittimità fortemente dubbia.

Su tale assunto nella recente giurisprudenza europea viene data particolare attenzione ad alcune restrizioni intramurarie tipiche del regime 41-*bis* ord. penit., quali la perquisizione corporale e, per l'appunto, la video-sorveglianza in cella.

In relazione alla perquisizione corporale dei detenuti, la Corte «*non ha difficoltà a comprendere che un individuo obbligato a sottoporsi ad un tale trattamento si senta, già per tale circostanza, ferito nella sua intimità e dignità, in*

²⁴ Così, C. eur., 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*.

²⁵ Tuttavia, tale prova può risultare da un insieme di indizi, o di presunzioni non confutate, sufficientemente gravi, precisi e concordanti; in tal senso C. eur., 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, § 161; C. eur., Corte eur., *Labita c. Italia*, 29 ottobre 1998, per il cui commento si veda LA GRECA, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo sul caso Labita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 199.

²⁶ C. eur., *Enea c. Italia*, cit..

particolare quando ciò implica che il medesimo si svesta dinanzi ad altri e ancor più quando debba assumere posture imbarazzanti». Un tale trattamento non è però considerato di per sé illegittimo: «le perquisizioni corporali, anche integrali, possono talvolta risultare necessarie per garantire la sicurezza in una prigione - inclusa quella dello stesso detenuto -, difendere l'ordine o prevenire i reati. E' pur vero che le perquisizioni corporali, oltre a dover risultare necessarie per conseguire uno dei citati scopi, devono essere condotte con modalità adeguate, in modo che il grado di sofferenza o di umiliazione subito dai detenuti non superi quello che inevitabilmente comporta tale forma di legittimo trattamento. Diversamente, esse violerebbero l'articolo 3 della Convenzione»²⁷.

Incidentalmente, il tema della video-sorveglianza, è stato affrontato in altre decisioni le quali, pur non tutelando specificatamente la “protezione dei dati”, hanno statuito che: «la tutela garantita dall'articolo 8 al rispetto della vita privata e familiare, subirebbe un indebolimento inaccettabile se l'utilizzo delle moderne tecniche scientifiche fosse autorizzato senza alcuna limitazione»²⁸. Invero, l'art. 8 C.e.d.u., che protegge la vita privata, ha un campo di applicazione che si è esteso con il passare del tempo; da qui la tutelabilità sotto il suo novero di una molteplicità di interessi: dalla sentenza *Von Hannover c. Germania*²⁹, la protezione dell'immagine è entrata a far parte del campo di applicazione dell'art. 8 C.e.d.u.; così come, con la sentenza *Peck c. Regno Unito*³⁰, il concetto di sfera “privata” si è allargato ai filmati e alle immagini provenienti da apparecchi di video-sorveglianza nei luoghi pubblici. Infine, in tre ricorsi contro la Francia decisi nel 2009³¹, la C.e.d.u. ha riaffermato il ruolo basilare della protezione dei dati personali sottoposti a trattamento automatico. Stante le premesse appena enunciate, anche dal fronte europeo, il passo, da qui a dichiarare illegittima la video-sorveglianza “41-bis” incontrollata ed incontrollabile, sembra davvero breve.

4. In merito agli aspetti esaminati, a chiusura del discorso, non può ignorarsi l'esistenza di una “*Carta per un utilizzo democratico della videosorveglianza*”

²⁷ Cfr. C. eur., 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, § 35.

²⁸ E' questo il concetto che viene enunciato nella sentenza C. eur., 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*.

²⁹ Emessa il 24 giugno 2004.

³⁰ Emessa il 28 gennaio 2003.

³¹ C. eur., 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia*, C. eur., 17 dicembre 2009, *Gardel c. Francia* e C. eur., 17 dicembre 2009, *M.B. c. Francia*.

za³²: trattasi di un progetto che, seppur non vincolante, spinge ad una riflessione e uno scambio di esperienze sulle prassi di alcuni *partner* europei³³ in materia di video-sorveglianza nel rispetto della tutela delle libertà individuali. Il progetto, che ha ottenuto il sostegno della Commissione europea, partendo dai corollari riconosciuti dalla C.e.d.u., si pone quale obiettivo di «*raccogliere le sfide poste dalla videosorveglianza sotto il profilo dei diritti e delle libertà*» stabilendo «*un linguaggio comune sulla videosorveglianza in Europa, accessibile e comprensibile per tutti*», posto che «*l'autorità pubblica ha il dovere di giustificare la violazione della nostra vita privata*», stante che la stessa «*Convenzione europea dei diritti dell'uomo tutela tale diritto*» per giungere a rendere «*indispensabile che le modalità dell'utilizzo delle telecamere e delle immagini siano precisate*». Nello specifico la Carta disciplina «*l'elaborazione, il funzionamento e lo sviluppo dei sistemi di videosorveglianza pubblici, vale a dire di quelli gestiti dalle autorità pubbliche*»; pur tuttavia «*le norme che enuncia devono potere essere applicate anche a sistemi di videosorveglianza privati, in particolare quando l'esercizio di tali impianti può essere devoluto alle autorità pubbliche*».

Ciò posto, la video-sorveglianza nella sua accezione ampiamente intesa deve necessariamente ispirarsi ad alcuni principi, primo tra tutti quello di liceità, nel senso che i sistemi di videosorveglianza possono essere sviluppati ed intesi unicamente nel rispetto delle norme vigenti, ossia quelle in materia «*di tutela dei dati, dei testi in materia di intercettazioni di comunicazioni e di conversazioni, di interferenze illecite nella vita privata, di tutela della dignità dell'immagine, del domicilio e degli altri luoghi per i quali esiste un'analogha protezione*»³⁴.

³² La Carta è consultabile nell'*European Forum for Urban Security* al sito www.efus.eu.

³³ Il progetto, iniziato nel 2009, ha visto protagonisti la Francia, i Paesi Bassi, il Belgio, la Spagna, l'Italia e il Regno Unito. La conferenza finale, ospitata dalla città di Rotterdam si è svolta dal 27 al 28 maggio 2010.

³⁴ Da qui l'occorrenza che i sistemi di video-sorveglianza siano elaborati in coerenza con il diritto europeo ed internazionale, ed in particolare con: la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.e.d.u.) del Consiglio d'Europa del 1950; la Convenzione 108 del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale del 1981; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali; nonché alla libera circolazione di tali dati. Dopodiché occorre valutare la pertinenza di un impianto di video-sorveglianza rispetto agli obiettivi per i quali la Costituzione consente una limitazione all'esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini, tenuto conto delle diverse giurisprudenze esistenti in materia molto spesso capaci di colmare i vuoti legislativi lasciati dalle evoluzioni tecnologiche.

Il secondo principio ispiratore è quello della necessità: *«la necessità fa riferimento all'incontro tra determinate circostanze e un bisogno, da un lato, e la risposta fornita dal sistema di videosorveglianza, dall'altro lato. Tale bisogno e tali circostanze rendono pertinente la decisione, per cui l'azione diventa inevitabile. È il principio di necessità che sottende la decisione di installare un sistema di videosorveglianza. La necessità assume in tal modo una dimensione prescrittiva: "La necessità non conosce legge"». Nondimeno «gli impianti di videosorveglianza possono essere attivati unicamente quando altre misure meno intrusive si sono rivelate insufficienti o inapplicabili (dopo una valutazione), o quando la natura del problema da risolvere non rientra nel campo di applicazione di tali altre misure. In ogni modo, la videosorveglianza deve rappresentare unicamente una parte di una risposta coordinata a un problema individuato».*

Occorre, altresì, garantire il rispetto del principio di proporzionalità secondo il quale il funzionamento e lo sviluppo dei sistemi di videosorveglianza devono rispettare la "giusta misura"; invero, la durata di conservazione deve essere limitata allo stretto necessario, deve essere fissata e definita mediante parametraggio nel sistema; *«è pertanto necessario definire i protocolli di gestione delle autorizzazione di accesso e di trattamento delle immagini»* ed *«occorre integrare in tali protocolli l'approccio che presuppone che la tutela dei dati personali sia presa in considerazione a monte, fin dal momento della progettazione degli impianti di videosorveglianza»³⁵.*

Così argomentando, per l'ulteriore principio di trasparenza, qualsiasi autorità incaricata dell'applicazione di un sistema di video-sorveglianza deve condurre una politica chiara e leggibile: *«è trasparente tutto quanto si vede dall'esterno. Dal momento che la videosorveglianza può essere considerata una tecnologia restrittiva delle libertà, deve essere utilizzata in modo completamente trasparente».*

³⁵ Si legge ulteriormente nella Carta: *«il dispiegamento dei sistemi di videosorveglianza deve essere commisurato ai problemi che intende risolvere. Tale ricerca di proporzionalità è anzitutto una questione di equilibrio tra gli obiettivi perseguiti e i mezzi messi in opera per conseguirli. Il principio di proporzionalità è pertanto intimamente legato alla nozione di equilibrio, che impone che l'impianto di videosorveglianza non costituisca l'unica risposta elaborata in una città in materia di sicurezza e di prevenzione della delinquenza».* Nello specifico, *«le immagini catturate dalle telecamere di videosorveglianza costituiscono dei dati personali e come tali devono essere tutelate. Il che impone l'osservanza di regole severe, relative alla registrazione, la conservazione, la condivisione e l'eventuale cancellazione o soppressione delle immagini. Occorre accertarsi del rispetto di tali norme quando si prendono decisioni riguardanti: lo stoccaggio delle immagini; la durata di un'eventuale conservazione dei dati, che comunque deve essere sempre temporanea».*

Infine, per il principio di responsabilità, *«le autorità incaricate dei sistemi di videosorveglianza sono i garanti di un loro utilizzo legale e rispettoso della vita privata e delle libertà fondamentali. La loro responsabilità potrà quindi essere impegnata in caso di inosservanza o di violazioni constatate. Le autorità amministrative dinanzi alle quali tale responsabilità potrà essere invocata devono essere individuate chiaramente»*.

A corollario, *«qualsiasi controllo presuppone la definizione di norme. Tale principio di supervisione indipendente consente, tramite il rispetto di queste norme, di armonizzare le pratiche nel senso indicato dalla Carta»*.

Certamente si è ben coscienti che i principi enunciati nella Carta non sono propriamente attinenti al settore penitenziario ma concernono il concetto di video-sorveglianza, sia essa pubblica o privata, intesa su larga scala³⁶. Tuttavia partendo da questi assunti sembra che assumano un peso nuovo e preponderante i moniti della *Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle regole penitenciarie europee adottata l'11 gennaio 2006*. In particolare tale documento, richiamando sempre la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali come pure la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo; *«sottolinea come l'esecuzione delle pene privative di libertà e la presa a carico dei detenuti devono prendere in considerazione gli imperativi di sicurezza, di ordine e di disciplina e, allo stesso tempo, devono garantire delle condizioni di detenzione che non portino pregiudizio alla dignità umana e offrire delle occupazioni costruttive e una presa a carico che permettano la preparazione al loro reinserimento sociale»*; per questo *«le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo»* perché *«conservano tutti i diritti tranne quelli loro espressamente limitati dalla legge a seguito della sentenza di condanna ad una pena detentiva o della decisione di collocamento in carcere preventivo»*. Le restrizioni imposte alle persone private della libertà *«devono essere ridotte allo stretto necessario e devono essere proporzionali agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte»*.

I detenuti devono essere autorizzati a comunicare il più frequentemente possibile – per lettera, telefono, o altri mezzi di comunicazione – con la famiglia, con terze persone e con i rappresentanti di organismi esterni, e a ricevere visite da dette persone; del pari, qualsiasi regime deve permettere a tutti i ristretti

³⁶ Viene da riflettere, in effetti, sui risvolti ipotizzabili per altre discipline italiane quali ad esempio quelle attinenti ai sistemi di video-sorveglianza in luoghi pubblici o aperti al pubblico di cui all'art. 6 del decreto legge 23 febbraio 2009, n.11, convertito nella legge n. 38 del 2009.

di trascorrere giornalmente fuori dalla cella il tempo necessario per garantire un livello sufficiente di contatti umani e sociali. Altresì, delle attività adeguatamente organizzate, che comprendono segnatamente sport, giochi, attività culturali, passatempi e tempo libero attivo, devono far parte integrante del regime carcerario il quale deve essere organizzato in modo da permettere ai detenuti di praticare, anche, la loro religione o di seguire la loro filosofia.

Tutte le misure di sicurezza applicate ai detenuti individualmente devono corrispondere al minimo necessario per garantire la sicurezza della loro detenzione: *«ogni detenuto è, in seguito, sottoposto ad un regime di sicurezza corrispondente al grado di rischio identificato»*. Tuttavia, *«il livello di sicurezza necessario deve essere rivalutato regolarmente durante la detenzione dell'interessato»* in quanto *«il ricorso a misure di sicurezza rinforzata è consentito solo in circostanze eccezionali»*. È evidente che *«devono essere stabilite delle procedure chiare da applicare in caso di utilizzo di tali misure nei confronti di tutti i detenuti. La natura di tali misure, la loro durata e i motivi che permettono di ricorrervi devono essere determinati dal diritto interno. In ogni caso, l'applicazione delle misure deve essere approvata dall'autorità competente per un periodo determinato. Ogni decisione di proroga del periodo di applicazione deve essere nuovamente approvata dall'autorità competente»*.

Sta di fatto che, anche a voler girare e rigirare il discorso, vuoi per i recenti contraccolpi della giurisprudenza nostrana, vuoi per le sentenze della Corte europea, vuoi per la Carta della video-sorveglianza o vuoi per la Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle regole penitenziarie europee, il regime 41-bis ord. penit., creato, elaborato, prorogato, stabilizzato e modificato, continua a non trovare collocazione in nessun assetto italiano o sovranazionale.

Il problema è sempre quello: politica criminale da un lato, rispetto dei diritti fondamentali dall'altro, prevalenza del primo interesse e resistenza del secondo, con la conseguenza del perpetrarsi di quel sottile ma vivido paradosso, degno dell'esordio, in cui *“sapeste che delizia quando due trame di senso contrario vanno a scontrarsi sulla stessa pista”*.