

STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO E CARCERE

Appunti per una teoria costituzionalmente orientata dei diritti della persona detenuta

GIUSEPPE CAPUTO*

A partire dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di detenzione, nell'articolo si propone una teoria costituzionale dei diritti irrinunciabili della persona privata della libertà personale. Questa viene elaborata a partire dalla critica alla tradizionale teoria liberale dell'insindacabilità del governo amministrativo del carcere e alla più recente teoria del primato della rieducazione. Entrambe risultano incompatibili con il principio del primato della persona sancito dallo stato costituzionale di diritto. A partire dall'articolato reasoning della Corte, viene proposta una teoria utilitaristica dei diritti dei detenuti basata sul principio della minima sofferenza necessaria e su quello della giurisdizionalizzazione del carcere.

The article presents a constitutional theory of the inalienable rights of the person deprived of personal liberty, based on the constitutional jurisprudence on detention. The theory is elaborated from the critique of the traditional liberal theory of the unquestionability of the administrative government of the prison and of the more recent theory of the primacy of re-education. Both are considered incompatible with the principles of the constitutional rule of law based on the respect of fundamental human rights. Starting from the articulated reasoning of the Court, the article proposes a utilitarian theory of the rights of prisoners based on the principles of the minimum necessary suffering and of the jurisdictionalization of the prison.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Stato di diritto e detenzione: l'insindacabilità della regolazione amministrativa del carcere. - 3. Stato costituzionale di diritto e detenzione. - 3.1. La teoria della rieducazione come limite al potere punitivo. - 3.2. Il carcere dei diritti e la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione carceraria. - 3.3. Diritti e controllo giurisdizionale. - 4. Diritti in azione e comunità degli interpreti.

1. *Introduzione.* - Il riconoscimento dei detenuti come persone titolari di diritti è il prodotto di una lunga ed incerta evoluzione giuridico-normativa in cui un ruolo centrale è stato svolto dalla Corte costituzionale e, in anni più recenti,

* Ricercatore di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Firenze.

dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Grazie alla giurisprudenza costituzionale, le cui principali tappe analizzeremo nel presente articolo, possiamo oggi sostenere l'esistenza di una teoria dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a privazione della libertà personale.

L'operazione ermeneutica svolta dalla Corte ha avuto un notevole impatto sulla teoria della pena, nonché sul modo di intendere l'esercizio della funzione giurisdizionale e quella di governo del carcere. L'aver introdotto nel dibattito penitenziaristico l'argomentazione costituzionale e il ricorso a principi generali induce ad un ribaltamento di prospettiva rispetto all'approccio giuspositivistico alla questione penale e a quella carceraria¹. Secondo tale approccio tradizionale la punizione è una mera reazione al crimine necessaria per assicurare la difesa della società². Ne segue che l'individuo che viola l'ordine legale – che lo faccia per scelta come ritenuto dai liberali o perché indotto da cause esterne come per i positivisti – è sacrificabile in nome del superiore interesse collettivo alla protezione della società dal crimine. Come ha evidenziato Ferrajoli, tale approccio rischia di giustificare un sistema punitivo che può giungere a prevedere la massima compressione delle libertà della minoranza deviante per garantire la massima protezione della maggioranza non deviante³. Vero è che i principi di legalità e di giurisdizionalità, alla base della concezione classica di Stato di diritto, ambivano proprio ad evitare che ciò accadesse e limitavano l'esercizio del potere punitivo statale. Ma tali vincoli, recepiti dalla tradizione liberale dell'*habeas corpus*, riguardavano essenzialmente la fase cautelare e quella processuale, non quella

¹ Nella storia del pensiero contemporaneo i più significativi contributi critici alla tesi della neutralità e avalutatività del diritto penale sono venuti dalla cosiddetta criminologia critica e dalla scuola revisionista. Si vedano in particolare M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975; D. ROTHMAN, *The discovery of asylum*, Boston, 1971; M. IGNATIEFF, *A just measure of pain: the penitentiary in the industrial revolution, 1750-1850*, New York, 1978; P. COSTA, *Il progetto giuridico*, Milano, 1974, vol. I. Per una ricostruzione delle principali teorie critiche del diritto penale si vedano i volumi di A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Palermo, 2019; E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino 2004; G. CAPUTO, *Carcere senza fabbrica*, Pisa, 2020.

² M. ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966.

³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 1989, pp. 245-270.

esecutiva che, difatti, è rimasta a lungo sottoposta ad una regolazione meramente amministrativa e quasi del tutto priva di un controllo giurisdizionale.

Come vedremo nel paragrafo 2, tale concezione comportava che i reclusi non avessero il diritto di ricorrere ad un giudice per denunciare condizioni di detenzione non conformi ai regolamenti o alle leggi, tantomeno per lamentare violazioni e abusi dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena. Lo stato di diritto, dunque, si fermava alle porte del carcere.

La teoria dei diritti fondamentali delle persone reclusi che illustreremo avanti, desumibile dal complesso argomentativo della Corte costituzionale, ambisce a trovare un equilibrio tra le opposte esigenze di difesa sociale e quelle di protezione dei diritti individuali. La Corte, dopo aver affermato l'esistenza di un nucleo di libertà non incompatibili con la privazione della libertà personale⁴, individua tale punto di equilibrio in due principi fondamentali. Il primo, derivato dall'utilitarismo liberale⁵, è quello della minima sofferenza necessaria per assicurare lo scopo della privazione della libertà personale. Il secondo è quello della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale carceraria. Vedremo che mentre il primo principio attraversa, pur con mutevoli connotazioni teoriche, tutta l'evoluzione ermeneutica della Corte costituzionale, il secondo è, invece, acquisizione piuttosto recente.

2. *Stato di diritto e detenzione: l'insindacabilità della regolazione amministrativa del carcere.* – Come anticipato, nella concezione classica dello stato di diritto le persone legalmente *in vinculis* si vedevano riconosciuta una soggettività giuridica estremamente limitata. Nell'ordinamento giuridico liberale, ad esempio, si delegava la disciplina carceraria ad un corposo testo

⁴ G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Des*, I, 2012 (https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf, consultato il 15.10.2022).

⁵ Si tratta a ben vedere di un principio elaborato dalla scuola illuministica italiana. Basti richiamare in proposito le riflessioni del Romagnosi il quale sosteneva che “se la pena la più leggera bastasse ad allontanare il più nocivo dei delitti, questa sola sarebbe giusta, ed un'altra più dolorosa sarebbe ingiusta” (R.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1857, p. 203).

amministrativo⁶, composto da ben 891 articoli, che regolava minuziosamente ogni aspetto della vita detentiva. I corpi dei reclusi, varcata la porta del carcere, erano assoggettati al potere dispotico di un'amministrazione che poteva disporre finanche della loro capacità lavorativa, sottomettendoli ai lavori forzati in carcere e nei bagni penali oppure cedendoli in appalto ad imprese private che potevano disporre dietro il pagamento di una modesta mercede, secondo l'antica pratica della *locatio hominis*. Non dissimile il trattamento riservato ai reclusi nell'ordinamento fascista che, sempre per via regolamentare⁷, perpetuava tale concezione dello *status detentionis* come condizione di perdita totale dei diritti e di spoliamento della soggettività, non rilevando in tal senso l'attribuzione di limitati poteri di controllo alla magistratura di sorveglianza.

A fronte di questa situazione di sostanziale indifferenza verso la condizione detentiva⁸, relegata a faccenda di ordine amministrativo, la questione carceraria ha assunto una maggiore centralità nel dibattito politico-istituzionale solo nel secondo dopoguerra quando, con l'entrata in vigore della Costituzione, i diritti soggettivi sono stati elevati a rango di diritti fondamentali inviolabili (art. 2 Cost.). Senza qui voler entrare nel dettaglio del dibattito che ha accompagnato l'elaborazione dei nuovi principi costituzionali in materia di pene (art. 27 Cost.) e, dunque, anche di esecuzione penale carceraria, è importante ricordare che l'*impasse* dottrinale tra le due scuole del diritto penale⁹, quella classica e quella

⁶ *Regolamento generale per gli stabilimenti carcerari e pei riformatori governativi del Regno*, Regio decreto del 1 febbraio 1891, pubblicato nella Gazzetta ufficiale del regno il 15 giugno 1891, n. 138.

⁷ *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, adottato con il Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 787 (GU n. 147 del 27/06/1931), pubblicato nella gazzetta ufficiale del 27 giugno 1931, n. 147.

⁸ Fanno eccezione i primi anni del '900 che sono caratterizzati da un modesto riformismo in ambito carcerario, realizzatosi prevalentemente attraverso l'adozione di una serie di provvedimenti amministrativi di umanizzazione delle pratiche detentive (G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile dall'unità a Giolitti*, in *Rivista di Storia Contemporanea*, Vol. 1, n° 3, 1972, pp. 341-380).

⁹ Il dibattito in Costituente fu caratterizzato dalla riproposizione del tradizionale contrasto tra la scuola classica del diritto penale e quella positiva. La soluzione di compromesso elaborata dalla "Commissione dei 75" - incaricata di redigere le norme costituzionali - secondo cui le pene devono solo tendere alla rieducazione ebbe proprio l'obiettivo di evitare di legittimare la prevalenza di una delle due scuole sull'altra (V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949, pp. 62-63).

positiva, ha portato i costituenti verso una soluzione di compromesso che ha impedito a lungo la messa in discussione della tradizionale concezione autoritativa del carcere e la dottrina dell'insindacabilità dell'esecuzione penale.

Infatti, la disposizione fondamentale in materia di pene, contenuta all'art. 27 della Costituzione, dopo aver ribadito due principi classici della tradizione del liberalismo penale (personalità della responsabilità personale e presunzione di innocenza), statuisce il principio di umanizzazione delle pene e quello secondo cui "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato". La formulazione di compromesso secondo cui le pene devono solo "tendere" verso la rieducazione, si sposava perfettamente con i nuovi orientamenti in materia penitenziaria comuni a molti paesi occidentali che non ambivano certo ad una riforma radicale del sistema carcerario¹⁰. Piuttosto si mirava a correggere alcune storture ed eccessi del carcere mediante l'imposizione di due principi guida, quello dell'umanizzazione delle pratiche detentive e della finalizzazione del trattamento carcerario alla rieducazione.

Per comprendere le ragioni storiche di tale scelta dobbiamo ricordare che i costituenti avevano una concezione pessimistica del potere punitivo, che ritenevano essere naturalmente portato ad essere arbitrario se non sottoposto a vincoli, anche per averlo sperimentato in prima persona negli anni del fascismo. Essi erano ben consapevoli delle condizioni drammatiche in cui versavano le prigioni italiane e dei limiti di una amministrazione carceraria al contempo disorganizzata e autoritaria¹¹. Ciononostante, ritenevano che, per limitare le tendenze antidemocratiche del carcere, fosse sufficiente un cambio della teoria a giustificazione delle pratiche detentive, che doveva ora essere rifondata sul principio rieducativo e guidata dal principio di umanità. Ma è bene sottolineare

¹⁰ Di tali tendenze sono espressione gli *standard* delle Nazioni Unite in materia di detenzione (U.N. 1955, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adottate il 30 agosto 1955) recentemente aggiornati con la nuova denominazione di *Mandela rules* (U.N., *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adottate il 17 dicembre 2015 con Risoluzione dell'Assemblea Generale). Per un'analisi delle principali tendenze internazionali in materia di politica internazionale si veda: CAPUTO, *Carcere*, cit.

¹¹ Si legga in proposito il rapporto della Commissione parlamentare di vigilanza sulle condizioni dei detenuti, *Relazione*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1951, pp. 147-175.

che la teoria rieducativa veniva recepita dai costituenti non tanto come il portato delle teorie della scuola positivista - che la intendeva come uno strumento di cura delle patologie criminali - quanto piuttosto come frutto di una nuova sensibilità politica che pretendeva un mero addolcimento dei regimi carcerari¹². Addolcimento che doveva realizzarsi anche attraverso l'introduzione di nuovi divieti: quello di ogni forma di violenza fisica e morale sugli arrestati (art. 13) e quello di praticare trattamenti contrari al senso di umanità in carcere (art. 27).

I nuovi principi in materia di esecuzione delle pene, dunque, non hanno comportato l'immediata messa in discussione del paradigma dell'insindacabilità della regolazione amministrativa del carcere e non hanno portato al riconoscimento dei diritti della persona detenuta azionabili in sede giudiziaria. Infatti, il Regolamento carcerario fascista è rimasto formalmente in vigore sino al 1975¹³ e la Corte costituzionale ha respinto le questioni di legittimità aventi ad oggetto il contrasto tra le norme regolamentari e i nuovi principi costituzionali in materia di diritti e libertà, asserendo che i ricorsi erano da considerarsi inammissibili in quanto aventi ad oggetto disposizioni regolamentari e non leggi o di atti avente forza di legge¹⁴.

3. *Stato costituzionale di diritto e detenzione* – L'occasione per il superamento della dottrina dell'insindacabilità della regolazione amministrativa dello *status detentionis* e per il riconoscimento di alcuni diritti ai detenuti arriva solo con l'entrata in vigore della legge ordinamento penitenziario del n. 354 del 1975 (o.p.)¹⁵. Si badi bene che l'ordinamento penitenziario non contiene esplicitamente alcun

¹² E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 71.

¹³ G. NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, II, n° 2-3, p. 319.

¹⁴ In tal senso la C. cost. n. 72 del 1968 avente ad oggetto il contrasto tra l'obbligo di frequentare le funzioni religiose cattoliche (art. 142 del regolamento) e la libertà di religione (art. 19 Cost.). Oppure la C. cost. n. 91 del 1968 e la n. 40 del 1970 aventi ad oggetto il contrasto tra l'obbligazione lavorativa a carico dei detenuti ed i prelievi sulla retribuzione (art. 125 e 128) con i diritti dei lavoratori sanciti dall'art. 26 Cost.

¹⁵ Legge n. 354 del 26 luglio 1975 recante "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

riconoscimento formale di diritti soggettivi in capo ai detenuti e agli internati e, perlomeno nella sua formulazione originaria, nessuna procedura giurisdizionale per la protezione dei diritti detenuti. Riprendendo la tecnica redazionale degli *standard* delle Nazioni unite del 1955, le norme dell'ordinamento sono formulate sotto forma di mere raccomandazioni. In sostanza, si faceva affidamento sulla buona volontà dell'amministrazione che era chiamata ad assicurare, nei limiti del possibile e delle risorse disponibili, un trattamento dignitoso ed umano ai detenuti. Non si sancisce ad esempio il diritto al lavoro per i detenuti, ma ci si limita a stabilire che l'amministrazione debba assicurarlo "salvo casi di impossibilità" (art. 15). Si riconosce poi il diritto ad un'alimentazione rispettosa del credo religioso dei detenuti esclusivamente nei limiti del "possibile" (art. 9).

È importante notare che l'ampio potere riconosciuto dall'ordinamento penitenziario all'amministrazione e la contestuale assenza di diritti legalmente riconosciuti derivano, paradossalmente, proprio dal recepimento legislativo del principio costituzionale della rieducazione. L'ordinamento, nell'implementare il precetto costituzionale ha superato la scelta di neutralità dei padri costituenti e ha ripreso l'assunto di fondo della scuola positivista che considera il criminale come un malato e un disadattato bisognoso di cure (art. 13 o.p.) che devono essergli assicurate mediante un "trattamento" che deve essere "individualizzato" e adattato alle esigenze e bisogni soggettivi. Coerentemente con tale approccio criminologico positivista, ne deriva che i programmi rieducativi e i regimi carcerari stessi possono essere modulati in maniera estremamente discrezionale dall'amministrazione che non può essere soggetta a particolari obblighi esigibili di fronte ad una Corte.

Nonostante tali limiti, l'ordinamento penitenziario presenta due novità che hanno consentito alla Corte costituzionale di sviluppare nel tempo una teoria basata sui diritti fondamentali della persona. La prima è rappresentata dal fatto che la disciplina dell'esecuzione penale carceraria non è più affidata ad un testo regolamentare ma a un corpo normativo di rango legislativo che può ora essere oggetto di sindacato costituzionale. La seconda novità è l'istituzione della

magistratura di sorveglianza come organo funzionalmente dedicato al controllo dell'esecuzione penale carceraria.

Vedremo di seguito che tali mutamenti hanno consentito alla Corte costituzionale di superare progressivamente la dottrina dell'insindacabilità e di produrre una corposa giurisprudenza fondata dapprima sulla sola teoria della rieducazione come limite al potere punitivo (par. 3.1) e, successivamente, di affiancargli anche una nuova teoria dei diritti fondamentali della persona detenuta (par. 3.2). Chiariremo che lo stesso legislatore, per lungo tempo poco attento alla questione dei diritti delle persone *in vinculis*, ha dovuto prendere atto del diritto vivente prodotto dalle Corti e, con un recente intervento di sistematizzazione, ha introdotto l'istituto del reclamo giurisdizionale (par. 3.3).

3.1. *La teoria della rieducazione come limite al potere punitivo.* – Per comprendere a fondo la portata della teoria costituzionale dei diritti delle persone detenute è necessario approfondire il modo in cui la Corte costituzionale ha inteso affrontare alcuni nodi teorici preliminari. Va da sé, infatti, che il passaggio dalla dottrina dell'insindacabilità a quella dei diritti fondamentali non è stato immediato e neppure può considerarsi definitivo.

Inizialmente la giurisprudenza costituzionale, coerentemente con l'approccio pluralista del costituente, ha sostenuto la teoria polifunzionale della pena chiaramente ispirata alla dottrina della “difesa sociale” (Corte cost n. 12 del 1966), secondo la quale la rieducazione era solo un principio di orientamento della fase esecutiva della pena (Corte cost. n 48 del 1962). Secondo la Corte, in sostanza, l'obiettivo di difendere la società del crimine era del tutto prevalente sulle altre esigenze, al punto da relegare la rieducazione a principio accessorio soggetto a meri vincoli amministrativi¹⁶.

Solo in una fase successiva la Corte ha iniziato ad intendere la rieducazione come elemento giustificativo e costitutivo della pena e a riconoscerla come diritto

¹⁶ Si vedano in proposito anche le sentenze n. 12 del 1966; n. 21 del 1971; n. 167 del 1973; n. 143 e 264 del 1974; 119 del 1975; 25 del 1979; 104 del 1982; 137 del 1983; 237 del 1984; 23, 102 e 169 del 1985; 1023 del 1988.

soggettivo del condannato e, pertanto, a proporlo anche come limite al potere punitivo. È il caso, in particolare, della giurisprudenza sull'ergastolo mediante la quale la Corte, sin dalla decisione n. 204 del 1974, ha riconosciuto la rieducazione come diritto soggettivo di tutti i reclusi finanche di quelli condannati alla pena perpetua, ai quali deve essere riconosciuta la possibilità della liberazione condizionale (art. 176 c.p.). Nella più recente giurisprudenza¹⁷ in materia di ergastolo ostativo¹⁸ la Corte, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU¹⁹, ha sostenuto che la presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati associativi - cui consegue di norma l'impossibilità di accedere ai benefici penitenziari se non a seguito di collaborazione con la giustizia - stride con il principio di rieducazione e ha richiesto al legislatore un intervento che ristabilisca un equilibrio tra le esigenze di difesa sociale ed il diritto alla rieducazione²⁰. Intervento ad oggi non ancora pervenuto.

La teoria elaborata dalla Corte, pur confermando la necessaria valenza retributiva ed afflittiva del carcere considerati “profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale”, si basa

¹⁷ C. cost. 253 del 2019 e n. 97 del 2021.

¹⁸ È il caso dei condannati all'ergastolo per uno dei delitti rientranti nell'art. 4 *bis* o.p. comma primo, ai quali la liberazione condizionale si applica, per effetto dell'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991, solo nel caso di collaborazione con la giustizia o di accertata impossibilità o inesigibilità della collaborazione medesima.

¹⁹ Corte EDU, *Viola v. Italy*, 77633/16 13 June 2019; *Vinter and Others v. the United Kingdom*, 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9 July 2013; *Dickson v. Regno Unito* ([GC], n. 44362/04, §§ 28-36, CEDU 2007-V); *Murray v. Netherlands* ([GC] n. 10511/10, §§ 58-65 e 70-76, 26 April 2016).

²⁰ Per un commento alla decisione n. 97 del 2021 si vedano tra gli altri: F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Questione giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ergastolo-ostativo-incostituzionalita-esibita-e-ritardi-del-legislatore-prime-note-all-ordinanza-97-2021>, consultato il 15.10.2022; E. DOLCINI, *L'ordinanza della corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti, in Sistema penale*, <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/dolcini-corte-costituzionale-2021-97-ergastolo-ostativo>, consultato il 15.10.2022; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, <https://www.giustiziainsieme.it/it/giustizia-pene/1741-il-chiaro-e-lo-scuro-primo-commento-all-ordinanza-97-2021-della-corte-costituzionale-sull-ergastolo-ostativo>, consultato il 15/10/2022; M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645987905_ruotolo-2022a-corte-costituzionale-ordinanza-97-2021-seguito.pdf, consultato il 15.10.2022.

sull'idea che la rieducazione costituisca, insieme al rispetto della dignità, un binomio inderogabile che comporta dei necessari limiti del trattamento carcerario²¹ (n. 313 del 1990):

«se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione».

Questo approccio basato sul primato della teoria della rieducazione, pur avendo il merito di porre seriamente il problema dei limiti all'esercizio del potere punitivo e di un equilibrio con i diritti della persona, si pone in evidente frizione con il fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale garantito a tutti gli individui dall'art. 25 della Costituzione. I diritti dei detenuti, infatti, non vengono riconosciuti in maniera autonoma come diritti *uti persona* ma, in un'ottica funzionalista, come diritti spettanti *uti captivus*: meri strumenti per la realizzazione del più alto fine rieducativo. Questo comporta serie conseguenze sul piano della legittimità e su quello dell'effettività dei diritti della persona.

Sul piano della legittimità, ne deriva che l'agibilità dei diritti dei detenuti può essere limitata dalla compatibilità e adeguatezza con le esigenze rieducative e di sicurezza che, come detto, possono essere valutati con un ampio margine di discrezionalità dall'amministrazione penitenziaria. Sul piano dell'effettività, poi, il concreto esercizio dei diritti dipende dalla disponibilità di risorse organizzative,

²¹ Si tenga presente che nella giurisprudenza della Corte il principio rieducativo si è gradualmente affrancato dalla originaria concezione "emendativa". Se in una prima fase, infatti, la Corte intendeva la rieducazione come strumento di "ravvedimento" (sentenza n. 168 del 1972), successivamente ne ha esaltato invece la sua valenza sociale riferendosi ad essa con le espressioni quali: "reinserimento del reo nel contesto economico e sociale" (sentenza n. 126 del 1984); "reinserimento nel corpo sociale" (sentenza n. 274 del 1983); "risocializzazione" (sentenza n. 450 del 1998). Anche se va detto non ha mai del tutto abbandonato una concezione moralizzante del principio rieducativo, riferendosi ad esso anche di recente con espressioni del tipo "ravvedimento" o "recupero sociale" (sentenza n. 271 del 1998) o di adeguamento ai "valori fondamentali della vita sociale" (sentenza n. 138 del 2001).

umane ed economiche che devono essere messe a disposizione dell'amministrazione per realizzare i programmi di trattamento individualizzati.

Così, ad esempio, il diritto ad effettuare colloqui con persone diverse dai familiari può ben essere subordinato ad una valutazione dell'amministrazione circa l'adeguatezza rispetto alle esigenze educative (art. 18 o.p.) e all'esistenza di adeguate risorse logistiche ed umane per realizzarli. Si prenda poi il caso del diritto al lavoro carcerario che prevede una retribuzione ridotta rispetto al normale perché il lavoro penitenziario, rispetto a quello libero, ha lo scopo peculiare di assicurare la rieducazione del condannato (art. 22 o.p.)²².

L'aver subordinato i diritti soggettivi al principio rieducativo ha comportato, oltre ai menzionati limiti, anche che i detenuti non sono stati considerati titolari di interessi tutelabili in sede giurisdizionale. I detenuti potevano solo rivolgere un reclamo generico al magistrato (art. 35 o.p.)²³ il quale, se lo riteneva fondato, poteva al massimo adottare un ordine di servizio non vincolante per l'amministrazione e non impugnabile in Cassazione (art. 69 o.p.).

In ultima analisi, dunque, il soggetto deputato a garantire i diritti dei detenuti finiva ancora per essere la stessa amministrazione penitenziaria che, sulla carta, poteva anche ignorare le richieste della magistratura senza subire conseguenze. Questo sistema lasciava, pertanto, ancora aperto il problema della protezione dei detenuti dalla discrezionalità dell'agire amministrativo.

3.2. *Il carcere dei diritti e la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione carceraria.*

– Il punto di svolta che ha consentito il superamento dei limiti della dottrina del primato della rieducazione è rappresentato dalla sentenza n. 26 del 1999 in cui la Corte è giunta ad affermare che, oltre al diritto alla rieducazione, esiste un più

²² Sul punto la Corte costituzionale, con decisione del n. 1087 del 13 dicembre 1988, ha stabilito che le retribuzioni ridotte per il lavoro penitenziario (art. 22 o.p.) sono legittime non potendosi considerare il lavoro carcerario svolto alle dipendenze dell'amministrazione un vero e proprio diritto dei condannati rientrando nell'alveo di protezione delle norme costituzionali sul lavoro (artt. 35 e 36), bensì come mero elemento di quel diritto alla rieducazione previsto dall'art. 27 Cost. (v. CAPUTO, *Carcere*, cit., p. 132).

²³ Si tenga presente che il reclamo poteva riguardare esclusivamente l'esercizio del potere disciplinare oppure il lavoro carcerario.

ampio nucleo insopprimibile di diritti della persona che non vengono meno neanche con la carcerazione, perlomeno non totalmente, dal momento che “la restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione” (C. Cost. 26/1999). Ne deriva il principio della minima sofferenza necessaria secondo cui il contenuto utile per assicurare l'ontologica finalità retributiva e deterrente della pena deve essere limitato alla sola privazione delle libertà personale, mentre devono essere garantiti tutti gli altri diritti non incompatibili con tale restrizione.

Secondo la Corte, l'organizzazione dell'esecuzione carceraria non deve essere meramente orientata al rispetto della dignità personale e della finalità rieducativa, ma deve basarsi sul principio della minima sofferenza necessaria prevedendo modalità “che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna”. Non ci può limitare “nel concreto operare dell'ordinamento” a “norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti”. Secondo la Corte “la dignità della persona” soprattutto nel caso dei detenuti “il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà” deve essere garantita riconoscendo “il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale”. Come ha precisato in una successiva decisione, le limitazioni ulteriori rispetto alla libertà personale sono solo quelle volte a evitare i “pericoli di evasione”, ad assicurare il rispetto “delle regole della disciplina carceraria” e a “garantirne l'incolumità proteggendolo da possibili aggressioni da parte di altri detenuti” (C. cost. n. 526 del 2000).

3.3. *Diritti e controllo giurisdizionale.* – Il nuovo paradigma teorico costituzionale, basato sul principio della minima sofferenza necessaria, ha imposto anche una revisione del sistema giurisdizionale di tutela. Il primato dei

diritti della persona, infatti, è incompatibile con l'idea della insindacabilità dell'azione amministrativa, come la Corte ha evidenziato nella citata decisione 26/1999:

«al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere».

A partire da tale presupposto la Corte si è spinta a dichiarare l'incostituzionalità dell'istituto del reclamo *ex art 35 o.p.* e art. 69 nella parte in cui non si prevede “una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale” e ha invitato il legislatore ad intervenire. In assenza dell'auspicato intervento legislativo, la suprema Corte di Cassazione si è fatta carico di un intervento creativo, con il quale ha colmato tale lacuna estendendo la procedura prevista per i reclami contro la sorveglianza particolare (art. 14 *ter* o.p.) alla generalità dei reclami esperibili ai sensi dei citati artt. 35 e 69 o.p. La Corte costituzionale con un successivo intervento (sentenza n. 266 del 2009), per completare l'operazione ermeneutica, ha stabilito che le prescrizioni contenute nelle ordinanze della magistratura di sorveglianza, adottate secondo la procedura elaborata dalla Cassazione, devono considerarsi vincolanti per l'amministrazione penitenziaria. Ciò anche in assenza di una procedura esecutiva esperibile in caso di inadempimento, procedura per la definizione della quale, ancora una volta, veniva auspicato un intervento legislativo. La Corte, poi, con la decisione ottobre 2006, n. 341, ha anche riconosciuto il diritto dei detenuti che lavorano in carcere di rivolgersi al Tribunale in funzione di giudice del lavoro,

come fossero liberi lavoratori, e a considerare non più competente la magistratura di sorveglianza in materia di lavoro carcerario²⁴.

L'intraprendenza delle Corti nazionali non è bastata ad evitare una condanna all'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui intervento è risultato decisivo per far uscire il legislatore dal suo torpore. Nella nota decisione pilota *Torreggiani v. Italy*²⁵, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti stabilito dall'art. 3 Cedu, a causa delle condizioni di detenzione e del sovraffollamento "sistemico" e "strutturale" e ha invitato il Governo ad intervenire²⁶. Al contempo la condanna, si noti, riguardava anche l'ineffettività degli strumenti di ricorso giurisdizionale previsti dall'ordinamento interno; ineffettività causata, a giudizio dei giudici di Strasburgo dall'inesistenza di una procedura che garantisse l'esecutività delle decisioni prese dal magistrato di sorveglianza seguendo la procedura creata per via giurisprudenziale.

Per comprendere la portata di questa decisione è bene tenere presente che essa aveva un precedente. Essa seguiva, infatti, ad una condanna, nel caso *Sulejmanovic v. Italy*²⁷, a fronte della quale erano stati presi modesti provvedimenti volti a contenere, senza grande successo, il fenomeno del sovraffollamento carcerario. Proprio per tale ragione, nel caso *Torreggiani* la Corte ha inteso applicare la procedura pilota (art. 46 Cedu)²⁸ che, dopo la condanna, le ha

²⁴ G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuiti?*, in *Costituzionalismo*, 2, 2015 (http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201502_525.pdf, consultato il 15.10.2022).

²⁵ Corte EDU, *Torreggiani et al. v. Italy*, 8 gennaio 2013, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

²⁶ G. CAPUTO, S. CIUFFOLETTI, *Marriage Italian Style. A decryption of Italy and ECtHR's relationship concerning prisoners' rights*, in *Monitoring penal policies in Europe*, a cura di G. CLIQUENNOIS, H. DE SUREMAIN, London, 2017, p. 230.

²⁷ *Sulejmanovic v. Italy*, 16 luglio 2009, n. 22635/03.

²⁸ Si tratta di una procedura elaborata per via giurisprudenziale dalla Corte EDU (*Broniowski v. Poland [GC]*, no. 31443/96, ECHR 2004-V) per risolvere casi ripetitivi che derivano da un medesimo problema avente natura strutturale. La procedura pilota comporta che la Corte, una volta accertata una violazione della Convenzione, identifichi la disfunzione del diritto nazionale che è all'origine della violazione; dia indicazioni al Governo su come eliminarla; proponga la creazione di un rimedio interno in grado di risolvere cause simili cause (comprese quelle già pendenti dinanzi alla Corte in attesa del giudizio pilota) o, quantomeno, di risolvere tutte le cause pendenti dinanzi alla Corte.

consentito di monitorare da vicino l'effettiva implementazione da parte dell'Italia degli adempimenti richiesti. La Corte ha così sospeso per 1 anno tutte le altre cause pendenti aventi ad oggetto la questione del sovraffollamento, stabilendo che entro il medesimo termine lo Stato italiano dovesse adottare le misure richieste.

La vicenda si è conclusa, oltre che con l'adozione di una serie di misure deflative di contenimento del sovraffollamento, con una riforma legislativa che ha recepito la teoria costituzionale dei diritti fondamentali delle persone detenute e ha finalmente stabilito procedure certe per la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione carceraria che viene definitivamente sottratta alla discrezionalità dell'agire amministrativo²⁹. Nello specifico il Governo italiano, con due differenti decreti, ha introdotto due nuovi rimedi giurisdizionali: uno avente natura cautelare e l'altro compensativo³⁰.

Il rimedio cautelare consiste in un reclamo giurisdizionale, disciplinato per la parte procedurale dall'art. 35 *bis* e quella contenutistica dall'art. 69 o.p., che consente ai detenuti di adire alla Magistratura di sorveglianza in due casi. Il primo è quello delle presunte violazioni delle "condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa", in relazione alle quali la magistratura può spingersi anche a valutare il merito dei provvedimenti, oltre che la legittimità³¹. Il secondo è per lamentare l'inosservanza da parte

²⁹ D. GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 12.

³⁰ Il D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con legge 21 febbraio 2014, n. 10 ha introdotto all'art. 35 *bis* il reclamo giurisdizionale e il D.l. 26 giugno 2014, n. 92 ha introdotto all'art. 35 *ter* un rimedio risarcitorio per violazione dell'art. 3 della Convenzione Edu. Il decreto 146/2013 ha istituito anche la figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in attuazione delle raccomandazioni contenute nell'Opcat (U.N., *Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, adopted by the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/57/199, 18.12.2002)

³¹ All'interno della Commissione Giostra – incaricata di elaborare una proposta di interventi in tema di ordinamento penitenziario – si erano manifestate differenti posizioni tra chi riteneva che l'accertamento dovesse estendersi ai profili di merito e chi solo a quelli di legittimità (il testo della Relazione conclusiva è disponibile alla pagina <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2723-le-conclusioni-della-commissione-giostra-in-tema-di-riforme-dell-ordinamento-penitenziario-e-delle>, consultato il 15.10.2022).

dell'amministrazione di "disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti" (art. 69, co. 6 lett. b)).

In particolare, questa seconda previsione sembra colmare la lacuna lamentata dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 26 del 1999, anche se lo fa in maniera piuttosto problematica. La lettera della nuova disposizione, infatti, sembrerebbe limitare la portata del sindacato di giurisdizionalità ai soli diritti previsti dall'ordinamento penitenziario e non alla generalità dei diritti della persona. Si ricadrebbe, dunque, nei limiti della teoria della rieducazione secondo la quale sono riconosciuti ai detenuti solo diritti connessi al trattamento carcerario. La suprema Corte di Cassazione³², per superare i limiti di tale concezione, ha suggerito una interpretazione estensiva³³ della lettera dell'art. 69 chiarendo che il riferimento alle disposizioni penitenziarie (dell'ordinamento e del regolamento) è puramente esemplificativo, specificando che "è del tutto evidente che ad essere – potenzialmente – in contrasto con le forme di esercizio di uno dei diritti fondamentali della persona (di matrice costituzionale) è sempre un comportamento (attivo o omissivo) dell'Amministrazione che non può essere ridotto ad una "violazione di legge". L'apertura della Suprema Corte non ha, però, impedito che si aprisse un ulteriore dibattito volto a circoscrivere la nozione di "diritto" azionabile in sede giurisdizionale, con la dottrina divisa tra un orientamento restrittivo che considera azionabile solo la violazione di un diritto soggettivo e non anche di un interesse e un orientamento estensivo volto ricomprendere qualsiasi posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento³⁴.

³² Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, in *C.e.d.*, n. 271905, §4.3.

³³ Sul punto si veda anche la posizione di M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Archivio penale*, 2014, II, p. 578 e F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2013, III, p. 236.

³⁴ G.M. NAPOLI, *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di F. FIORENTIN, Torino, 2019, pp. 157-182.

Si tenga poi presente che il rimedio non risulta esperibile per denunciare qualsiasi violazione, ma esclusivamente violazioni “attuali” e che comportino un “grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” (art. 6g comma 6 o.p.). Il requisito dell'attualità comporta che ad essere oggetto di censura possano essere solo violazioni i cui effetti sono in atto al momento del ricorso alla magistratura. Si tratta a ben vedere di un requisito ovvio, stante la natura cautelare del rimedio, dal momento che l'oggetto del *petitum* è l'accertamento di una violazione e l'interruzione dei suoi effetti. Più problematico, invece, il requisito della “gravità” che comporta una valutazione necessariamente discrezionale da parte della magistratura nell'ammettere i reclami. Tale requisito si spiega con la volontà di evitare un aumento del carico di lavoro della Magistratura coinvolgendola in contenziosi aventi ad oggetto violazioni bagatellari.

Veniamo, infine, all'aspetto forse più innovativo del rimedio, ovvero ai poteri decisorii attribuiti alla magistratura di sorveglianza. In caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di violazione dell'esercizio del potere disciplinare può annullare il provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di violazione di norme che comportino la lesione di un diritto, “accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio”, può ordinare “all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato”. L'art. 35 *bis* precisa poi che, “in caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione”, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Il magistrato di sorveglianza, in tal caso, gode di ampi poteri: può ordinare all'amministrazione l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento; dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; nominare un commissario *ad acta*.

Vediamo ora le caratteristiche del secondo rimedio introdotto dal legislatore all'art. 35 *ter* o.p. che, come accennato, è stato introdotto su precisa richiesta della Corte EDU anche per offrire uno strumento compensatorio ai detenuti reclusi in

condizione di sovraffollamento. Il rimedio prevede che i detenuti che subiscono una violazione di intensità tale da violare il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti posto dall'art. 3 della Convenzione Edu, possono ottenere dalla magistratura di sorveglianza³⁵ un indennizzo³⁶. Nel caso in cui la persona stia scontando una condanna definitiva in carcere, il magistrato di sorveglianza dispone “a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. Nel caso in cui il periodo di pena ancora da espiare sia tale da non consentire la detrazione dell'intero sconto di pena o quando la violazione sia stata inferiore ai 15 giorni, il magistrato liquida “una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio”.

Questo rimedio, al di là di alcuni capziosi tentativi di limitarne la portata mediante discutibili operazioni ermeneutiche³⁷, nella sua innovatività pone numerosi problemi ermeneutici cui vale la pena accennare brevemente. Quello più rilevante e complesso è rappresentato dal richiamo generalizzato non solo all'art. 3 della Cedu, ma anche alla giurisprudenza in materia della Corte che, stante la lettera dell'art. 35 ter, deve necessariamente essere vagliata dal magistrato

³⁵ Nel caso di individui non più detenuti la competenza è del Tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio di residenza.

³⁶ Nonostante la rubrica dell'art. 35 ter parli di risarcimento, la dottrina (L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter O.P. E la tutela dei diritti del detenuto*, Miano, 2017, p. 73; M. PASSIONE, *35 ter O.P.: effettivamente, c'è un problema*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3, p. 29) e la giurisprudenza hanno escluso che il rimedio abbia natura risarcitoria e sostenuto la natura meramente indennitaria, anche perché il reclamo dà eventualmente diritto ad una compensazione in misura fissa, di soli 8 euro al giorno, incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento che impone una personalizzazione del danno (Corte di Cassazione, Sez. Un. Civili, 08/05/2018, n. 11018, in *Guida al diritto 2018*, 23, 22, §§52 ss. con commento di C. CATANEO, *Le sezioni unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, O.P. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 6).

³⁷ Il CSM, con un parere tecnico sul d.d.l. di conversione del decreto 92/2014, aveva sostenuto che il rimedio compensativo ex art. 35 ter fosse esperibile solo quando il pregiudizio subito dal detenuto è “attuale”, come avviene per il reclamo ex art. 35 bis. Una siffatta interpretazione restrittiva, che tra le altre cose strideva fortemente con la natura risarcitoria del rimedio, è stata fortemente criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito (E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, 2015, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3604-contr-csm-parlare-a-nuora-perche-suocera-intenda>, consultato il 15.10.2022).

di sorveglianza nell'accertare eventuali violazioni da parte dell'amministrazione. Il significato e l'opportunità di un richiamo al principio di *common law* dello *stare decisis* in un sistema di *civil law* come il nostro, sono questioni di una complessità tale da non poter essere qui discusse³⁸.

4. *Diritti in azione e comunità degli interpreti.* – Il paradigma dei diritti fondamentali della persona detenuta comporta che le Corti nazionali siano oggi chiamate all'esercizio della funzione giurisdizionale in maniera profondamente diversa rispetto a prima. Il primo mutamento è rappresentato dal fatto che ora devono muoversi in un sistema di fonti permeabile e flessibile in un ordinamento giuridico nazionale piegato al fenomeno dell'inter-giuridicità. Oltre alla già citata giurisprudenza della Corte EDU devono, ad esempio, tener conto della normativa penitenziaria di *soft-law*, come le citate *Mandela Rules* oppure le *European prison rules*³⁹, nonché dei rapporti e gli *standards* del Comitato europeo per la prevenzione della tortura⁴⁰ o del Garante nazionale per i diritti delle persone private della libertà personale.

Ma il cambiamento più significativo è rappresentato dal fatto che la funzione del magistrato di sorveglianza esce ridisegnata alla luce della nuova teoria costituzionale dei diritti fondamentali delle persone detenute. L'esercizio delle funzioni di sorveglianza, infatti, non si esaurisce più nella ristretta cornice

³⁸ Si tenga presente che la stessa Corte costituzionale è spesso intervenuta sul tema del rapporto tra la giurisprudenza della Corte EDU con il diritto interno. Dapprima con le note sentenze n. 348 e n. 349 (cosiddette “gemelle”) ha riconosciuto la prevalenza delle norme convenzionali sulle norme interne incompatibili, precisando che nel caso in cui il giudice non possa interpretare “la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale” debba investire della questione la Corte. Con la successiva sentenza n. 49 del 2015 la Corte ha precisato che i giudici nazionali non possono essere considerati dei “passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale”, dal momento che sono tenuti a uniformarsi esclusivamente al diritto giurisprudenziale europeo “consolidato” (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

³⁹ Coe, *European Prison Rules*, Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Strasbourg, 2006.

⁴⁰ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Standards, <https://www.coe.int/en/web/cpt/standards>, 15.10.2022.

del modello rieducativo originariamente disegnato dal legislatore nel 1975. In quel sistema – ispirato al principio dell’individualizzazione del trattamento – al magistrato spettavano essenzialmente funzioni relative alla rimodulazione della pena mediante la concessione di misure alternative alla detenzione oppure benefici quali la liberazione anticipata. Nel quadro attuale, invece, a tali funzioni si affiancano anche quelle di vigilanza sull’operato dell’amministrazione e di protezione dei diritti dei detenuti. Si tratta, a ben vedere, di funzioni talmente diverse dal punto di vista procedurale e dell’oggetto che pare lecito chiedersi se non possano finire per confliggere tra loro al punto da mettere potenzialmente in dubbio la terzietà della magistratura di sorveglianza⁴¹.

In effetti, dubbi possono derivare dal fatto che l’esercizio della funzione di protezione dei diritti prevede che il giudice porti, metaforicamente, sul banco degli imputati la medesima amministrazione con cui normalmente deve avere un rapporto di stretta collaborazione. L’esercizio della funzione giurisdizionale rieducativa - nell’ambito, ad esempio, dei procedimenti per la concessione delle misure alternative – richiede infatti una stretta collaborazione con l’amministrazione penitenziaria, la quale deve fornire le relazioni e la documentazione istruttoria necessaria al giudice per valutare l’idoneità del condannato ad accedere ai benefici.

Ulteriori perplessità possono venire poi dal fatto che la Sorveglianza è solita applicare il principio *affirmanti incumbit probatio*, che fa ricadere l’onere della prova sul ricorrente, mentre nel caso dei procedimenti per violazioni di diritti delle persone recluse deve applicarsi il principio contrario. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte EDU, infatti, l’onere della prova deve spettare all’amministrazione che, a fronte di una denuncia, deve dimostrare la correttezza della sua condotta⁴². Tale principio, è bene ricordarlo, è stato elaborato per

⁴¹ Nel sistema francese per evitare tale genere di conflitti, le competenze giurisdizionali in materia di diritti dei detenuti sono affidate alla giustizia amministrativa (C. DURAND, N. FERRAN, H. DE SUREMAIN, *The European oversight of France*, in *Monitoring penal policies in Europe*, a cura di G. CLIQUENNOIS, H. DE SUREMAIN, London, 2017, p. 63).

⁴² Secondo la Corte EDU, nel caso in cui i fatti siano di esclusiva “conoscenza delle autorità” come nel caso di persone in custodia, vi è una “forte presunzione” rispetto alle lesioni verificatesi durante la detenzione. Spetterà al governo offrire una spiegazione convincente

superare le difficoltà che i reclusi possono incontrare per accedere ad una documentazione che di norma si trova nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione presunta responsabile della violazione. L'inversione dell'onere della prova, poi, ha anche l'indiretto scopo di proteggere il ricorrente dal rischio di ritorsioni.

Queste preoccupazioni sono confermate da una ricerca condotta nel 2015⁴³ la quale ha evidenziato come, in effetti, i magistrati di sorveglianza continuino spesso a percepire il loro ruolo come “giudici della rieducazione” e facciano fatica ad indossare i nuovi panni di giudici per la protezione dei diritti dei detenuti contro le violazioni dell'amministrazione. Di recente, una indagine sulla giurisprudenza di merito del Tribunale di sorveglianza di Firenze ha evidenziato una forte riluttanza da parte della magistratura ad usare i nuovi poteri di vigilanza assegnatigli dalla riforma⁴⁴.

Tali ricerche evidenziano il ruolo centrale della cultura giuridica nel determinare le pratiche del diritto vivente, dalle quali in ultima istanza dipende l'effettività dei diritti. La vicenda che abbiamo analizzato chiarisce che il ruolo della Corte costituzionale, più che essere quello di chiusura del sistema, sembra piuttosto essere quello di mera elaborazione di principi di orientamento, principi che devono poi essere discussi e recepiti dalla comunità degli interpreti. Comunità che include non solo gli appartenenti al corpo giudiziario o all'avvocatura, ma anche tutti gli operatori del mondo dell'esecuzione penale che sono chiamati ad orientare il loro agire alla luce dei principi generali. Ad oggi sembra prevalere, purtroppo, la tradizionale e forse ontologica impermeabilità dell'istituzione

producendo prove che mettano in dubbio il resoconto degli eventi fornito dalla vittima (*Salman cv Turkey*, 2000, n. 21986/03, § 100). In assenza di spiegazioni convincenti, la Corte può trarre conclusioni sfavorevoli per il governo (*Bouyid v. Belgium [GC]*, 2015, 23380/09, § 83).

⁴³ CAPUTO, CIUFFOLETTI, *Marriage Italian Style*, cit.

⁴⁴ M.C. FROSALI, *La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza di Firenze*, in *L'altro diritto*, 2021, V (<https://www.pacineditore.it/wp-content/uploads/2015/02/8-Frosali.pdf>, consultato il 15.10.2022).

carceraria alle regole di diritto⁴⁵. Purtroppo, si tende a giustificare la disfunzionalità dell'istituzione carceraria con la peculiarità del mandato istituzionale di protezione della società dal crimine. Il governo del carcere, secondo la vulgata corrente, potrebbe ben svolgersi derogando in parte ai principi generali, considerata anche la situazione di cronica emergenza in cui l'amministrazione è costretta ad operare, a causa del sovraffollamento e della carenza di risorse. Tale cultura, basata su una pericolosa combinazione di eccezionalismo ed emergenzialismo, appare del tutto estranea ai principi generali dello stato costituzionale di diritto quali quello di legalità, della giurisdizionalità e del rispetto dei diritti della persona.

⁴⁵ E. GOFFMAN, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, New York, 1961; G. M. SYKES, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton, 1958.