

Dignità umana, rieducazione e diritti dei detenuti

di Davide Galliani (© 2014) (*)

Sommario: 1. Qualche dato. – 2. Residui di libertà. – 3. Verso la riforma del 1975. – 4. Il nuovo ordinamento penitenziario e la legge Gozzini. – 5. Il carcere duro. – 6. Trattamenti umani e rieducazione. – 7. Legislatore incauto e rieducazione. – 8. L'art. 27 Cost. come corpo unitario. – 9. Riconoscere e soprattutto garantire i diritti dei detenuti. – 10. Detenuti e diritto alla salute. – 11. Il diritto dei diritti, il diritto di difesa. – 12. Diritti dell'altro mondo?

1. *Qualche dato*

Chi ha contato in Italia gli atti normativi, primari e secondari, riguardanti il “pianeta” carcere ha dovuto prendere atto di un dato obbiettivamente clamoroso. Sarebbero 549 gli atti che, pur diversamente, contengono disposizioni applicabili in materia di ordinamento penitenziario ⁽¹⁾.

Di dati incredibili ve ne sono ulteriori, non sempre conosciuti. Il settore penitenziario risulta ai primi posti per quanto riguarda gli stanziamenti di spesa nel Bilancio dello Stato, con una cifra che si aggira attorno ai 2-3 miliardi di euro all'anno, destinati, tra l'altro, al mantenimento degli oltre 60.000 detenuti, che costano in media ciascuno 140 euro al giorno e al pagamento degli stipendi dei circa 40.000 operatori del settore (dei quali l'80%, a livello centrale, è costituito dalla polizia penitenziaria), dislocati nei 206 istituti penitenziari, nelle 57 sedi per l'esecuzione penale esterna e nei 6 Ospedali Psichiatrici Giudiziari presenti nel territorio italiano.

Senza omettere di considerare il ruolo fondamentale svolto dai privati, sia per quanto riguarda le attività rieducative (senza i quali si arresterebbero bruscamente) sia per la recente (2012) previsione del ricorso prioritario alla finanza di progetto (con concessioni ventennali) per la costruzione di nuove carceri, la cui giustificazione è spesso fatta risalire, ancorché in modo erroneo, al problema del sovraffollamento. Ad ogni modo, esclusa la custodia, ai privati si potrà affidare, non solo la costruzione, ma anche la gestione, dietro tariffa corrisposta dallo Stato, degli istituti penitenziari.

Se, per certi aspetti, l'erompere, nel nostro Paese ma più in generale nell'Europa continentale, di alcuni paradigmi tipici della cultura penalistica anglosassone non può che destare preoccupazione (si pensi alla teoria retribuzionista della pena, al ruolo delle vittime e dei loro parenti nel processo penale e all'approccio alla questione della recidiva), per quanto riguarda invece il ruolo dei privati, posto che bisognerà attendere il concreto sviluppo, potrebbe forse rivelarsi più utile che dannoso, sempre se ben razionalizzato e controllato dai poteri pubblici.

2. *Residui di libertà*

Il punto dal quale partire, se si vuole riflettere attorno ai diritti dei detenuti nel contesto della previsione costituzionale circa la funzione rieducativa della pena, è molto

(*) Il presente testo è stato preparato per le lezioni del corso di *Diritti fondamentali e Costituzione* tenuto presso la Facoltà di Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi di Milano nell'anno accademico 2013/2014 ed è da considerarsi ad uso esclusivo degli studenti.

(1) Cfr. E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2013, pp. 369 ss.

semplice e chiaro. Le limitazioni alla libertà personale di una persona non significano compressione totale dei suoi diritti. Anzi, come ribadito dalla Corte costituzionale (**SENT. 349/1993**), chi si trova in stato di detenzione, pur privato della sua maggiore libertà, “ne conserva sempre un **RESIDUO** che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”.

Solo per fare due esempi per così dire “lampanti”. Prima dell’approvazione della legge 354/1975, che come si dirà diffusamente ha ridisciplinato l’ordinamento penitenziario, era in vigore una disposizione, contenuta nel regolamento penitenziario del 1931 (art. 142), che obbligava i detenuti alla **FREQUENZA DELLE PRATICHE COLLETTIVE DEL CULTO CATTOLICO**, ad esclusione di coloro che, al momento dell’ingresso in carcere, avessero dichiarato di appartenere ad altra confessione. Si trattava di una disposizione che, pur non essendo stata dichiarata incostituzionale ⁽²⁾, sicuramente ledeva, nel merito, molti articoli della Costituzione (art. 13, IV comma, Cost. e art. 27, III comma, Cost.), compresa la dignità umana del detenuto (art. 2 Cost.).

L’altro esempio è più recente. Il detenuto, che presti attività lavorativa alle dipendenze dell’amministrazione carceraria ⁽³⁾, ha diritto alle **FERIE ANNUALI RETRIBUITE**, come disposto dalla Corte costituzionale (**SENT. 158/2001**). Certo, la regolamentazione del lavoro penitenziario necessita varianti e deroghe rispetto a quella del lavoro in generale (per esigenze organizzative, disciplinari e di sicurezza dell’ambiente carcerario), tuttavia il diritto alle ferie annuali retribuite è riconosciuto dalla Costituzione senza distinzioni di sorta (art. 36, III comma, Cost.), sicuramente non dipende dallo stato di detenzione o da quello di libertà.

Due esempi di residui di libertà (e forse anche qualcosa più di due residui) che permangono in capo al detenuto nonostante sia sottoposto alla restrizione della propria libertà.

3. Verso la riforma del 1975

Nel corso del tempo, rispetto al problema dei diritti dei detenuti, è cambiato tanto l’atteggiamento del legislatore quanto quello del giudice costituzionale. Più di recente, un ruolo fondamentale è stato svolto anche dalla Corte di Strasburgo. I soggetti che a vario titolo svolgono un ruolo di particolare importanza, in questo ambito così delicato, sono pertanto diversi, sicuramente un posto di primo piano è occupato dal legislatore, dalla Corte costituzionale, dalla magistratura e dalle Corti sovranazionali, in particolare la Corte EDU.

Il legislatore è intervenuto a più riprese e, oltre alla volontà di attuare il principio costituzionale della rieducazione, si è tentato di superare alcune delle più nefaste caratteristiche che distinguevano l’esperienza precedente, passata indenne dal regime liberale a quello fascista a quello repubblicano, almeno fino agli anni settanta.

⁽²⁾ Per motivi attinenti all’impossibilità, per la Corte, di esprimersi, in un giudizio incidentale, sui regolamenti ma solo sulle leggi e gli atti aventi forza di legge: così sent. 72/1968.

⁽³⁾ Attualmente, dei circa 60.000 detenuti nelle carceri italiane solo il 20% effettivamente svolge attività lavorativa.

In estrema sintesi, l'ordinamento penitenziario, precedente la riforma degli anni settanta-ottanta, aveva condotto 1) ad una radicale **IMPERMEABILITÀ** del carcere rispetto alla società, una vera esclusione sociale dei detenuti, ai quali, se mai si fosse riusciti ad entrare in carcere per far visita, era assolutamente vietato rivolgere la parola ⁽⁴⁾, 2) ad un dirimpiente crescere dei fenomeni di **VIOLENZA** tra detenuti e tra detenuti ed agenti, con obbligo di uso delle armi da parte dei secondi per sedare ribellioni o impedire evasioni ed, infine, 3) ad una **STRUTTURA BUROCRATICA** rigidamente centralizzata e verticistica ⁽⁵⁾.

Per dimostrare lo stato dei detenuti prima della riforma degli anni settanta appare utile fare il seguente esempio, che si può leggere nella pagine di Guido Neppi Modona dedicate all'ordinamento penitenziario ⁽⁶⁾. I detenuti, durante l'estate, di norma chiedevano di poter tenere aperta la porta della cella per un'ora al giorno onde evitare l'eccessivo calore e respirare un po' d'aria fresca; la risposta a tale richiesta in genere arrivava quando l'estate era oramai finita, la quale cosa, non solo dimostra la burocratica gerarchizzazione dell'amministrazione penitenziaria, non solo è di per sé in grado di aumentare gli episodi di violenza, ma fa comprendere quanto i detenuti fossero considerati una sorta di rifiuto sociale del quale potersi disinteressare.

Quel che più conta è che l'istituzione carceraria e i suoi detenuti è come se fossero passati indenni ad eventi che invece avevano a dir poco trasformato in modo radicale la società italiana: dal passaggio di fine secolo alla prima guerra mondiale, dall'avvento prima alla caduta poi del fascismo, fino all'instaurazione dell'ordinamento repubblicano, in effetti, sono incredibilmente maggiori i **TRATTI DI CONTINUITÀ**, rispetto a quelli di discontinuità, che caratterizzano la realtà carceraria italiana. Ad incominciare dal problema cronico del sovraffollamento, dovuto, dopo la fine del fascismo, al riemergere di numerosissimi episodi di criminalità comune e all'applicazione della legislazione speciale contro fascisti e collaborazionisti.

In questo così preoccupante scenario non vi è dubbio che gli anni settanta costituiscono un periodo di vera e propria svolta, osservabile tanto nella società nel suo complesso quanto per ciò che riguarda il sistema penitenziario o, meglio, l'approccio delle istituzioni alle tematiche riguardanti i diritti dei detenuti ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Si pensi al divieto di lettura dei quotidiani politici e di cronaca, ancora presente negli anni cinquanta e all'impossibilità di far visita in carcere, se non da parte, prima, delle commissioni visitatrici e, dopo la loro abrogazione nel 1931, solo da un elenco tassativo di personalità, come prefetti, questori, vescovi e parlamentari, ai quali, peraltro, ancora negli anni cinquanta, era fatto divieto di rivolgere la parola ai detenuti.

⁽⁵⁾ Semplificando, ma fino ad un certo punto: il detenuto dipendeva, anche per i bisogni più elementari, dagli agenti di custodia, i quali erano subordinati in modo rigido alle direttive del direttore del carcere, il quale a sua volta doveva rivolgersi alla direzione generali delle carceri (fino al 1922 presso gli Interni, dopo alla Giustizia) per ottenere le autorizzazioni.

⁽⁶⁾ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto. Discipline penalistiche*, IX, Utet, Torino, 1995, pp. 41 ss.

⁽⁷⁾ Anni settanta che, indubbiamente, costituiscono uno snodo fondamentale per la prima attuazione di molti istituti e organi previsti dalla Costituzione ma ancora rimasti lettera morta. Per quanto riguarda il carcere, non vi è dubbio che il movimento del 1968, contestando in generale tutte le istituzioni, ebbe di mira anche l'istituzione totale per eccellenza, appunto il carcere. Di questi anni basta ricordare due testi molto diffusi, il primo di Franco Basaglia del 1968 sugli ospedali psichiatrici (*L'istituzione negata*) e, il secondo, di Michel Foucault, *Sorvegliare e punire*, edito nel 1975 in Francia e tradotto l'anno seguente in Italia.

4. *Il nuovo ordinamento penitenziario e la legge Gozzini*

Un primo e notevole passo è stato compiuto indubbiamente con l'approvazione della **LEGGE DEL 1975 SULL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO** ⁽⁸⁾, il cui art. 1 dispone che il *trattamento* penitenziario ⁽⁹⁾ deve essere conforme a "umanità" e deve assicurare il rispetto delle "dignità" della persona. Il concetto che apre la riforma è pertanto quello della **DIGNITÀ UMANA**, che è da considerarsi come un qualcosa che viene prima della libertà personale, appunto da garantirsi anche a coloro che subiscono una sua privazione.

Sempre l'art. 1 della legge del 1975 prevede che il trattamento debba essere imparziale, non possa essere discriminatorio, che i detenuti devono essere chiamati per nome e che, infine, deve essere rieducativo, anche mediante contatti con l'ambiente esterno, per il reinserimento sociale del detenuto attuato secondo il **CRITERIO DELLA INDIVIDUALIZZAZIONE**. Oltre al principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.), questa disposizione cerca di implementare (assieme) la finalità rieducativa e il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, di cui all'art. 27, III comma, Cost. Un detenuto non è un numero, ma una persona che merita di essere chiamata per nome ⁽¹⁰⁾. Allo stesso modo, il criterio della individualizzazione del trattamento è ritenuto il più corretto per una effettiva rieducazione. D'altro canto, se la responsabilità penale è per Costituzione solo di tipo personale (art. 27, I comma, Cost.), così deve essere anche il trattamento penitenziario,

⁽⁸⁾ L'esecutivo in carica era il IV Governo presieduto da Aldo Moro, sostenuto dalla DC e dal PRI. Agli Interni era preposto Luigi Gui, mentre Oronzo Reale (prima azionista e poi repubblicano, avvocato di professione) alla Giustizia (sottosegretario Renato Dell'Andro, professore universitario di diritto penale). Entrambi, Ministro e sottosegretario, furono poi eletti giudici costituzionali dal Parlamento, rispettivamente, nel 1977 e nel 1985. Reale, in particolare, era già stato alla Giustizia con il primo Governo di centro-sinistra del 1963, sempre presieduto da Moro. Incarico confermato anche nel II e nel III Governo Moro. Al nome di Reale si è soliti legare, più che la riforma dell'ordinamento penitenziario, la legge di riforma del processo penale, approvata due mesi prima, sulla quale nel 1978 si tenne un referendum abrogativo, che ebbe però esito (marcatamente) negativo. In estrema sintesi, la legge Reale prevedeva un inasprimento delle pene per combattere il fenomeno del terrorismo, ad esempio ammettendo il fermo anche in assenza di flagranza di reato, vietando la possibilità di indossare i caschi durante le manifestazioni e, infine, autorizzando l'uso delle armi da parte delle forze dell'ordine in tutta una serie di circostanze prima vietate. L'artefice della riforma epocale e auspicata dell'ordinamento penitenziario fu anche colui che più di altri, nel medesimo periodo storico, spinse per l'approvazione di una legge molto restrittiva in tema di mantenimento dell'ordine pubblico. Un dato, in effetti, che caratterizza quasi sempre gli interventi del legislatore italiano nella materia, finanche di recente con il decreto cd. "svuota carceri", approvato per soddisfare la sentenza *Torreggiani* della Corte di Strasburgo. Ad ogni modo, Reale fu anche l'estensore della legge sul nuovo diritto di famiglia, sempre del 1975, anche questa più che mai necessaria. In definitiva, il dato politico-istituzionale che più risalta è il seguente: nel 1975, nel giro di pochi mesi, si approvarono prima la riforma del diritto di famiglia (19 maggio, legge 151), dopo la legge Reale sull'ordine pubblico (22 maggio, legge 152) ed, infine, la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (26 luglio, legge 354).

⁽⁹⁾ La parola "trattamento" compare, nel testo costituzionale, oltreché nell'art. 27, III comma, Cost., nella fondamentale disposizione sul diritto alla salute, ove si prevede che nessuno può essere sottoposto ad un determinato "trattamento" sanitario se non per disposizione di legge. In entrambi i casi, all'espressione precede divieto: le pene *non possono* consistere in e *nessuno può essere obbligato a*. Un significativa somiglianza, soprattutto se la si lega anche alla parte conclusiva delle disposizioni nelle quali si discute di trattamenti, in entrambe riferendosi all'uomo in quanto tale o alla sua diretta emanazione, l'umanità. Così, le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di *umanità*, mentre la legge, che in caso prevede i trattamenti sanitari obbligatori, non può in alcun modo ledere il rispetto della persona *umana*.

⁽¹⁰⁾ Scompare, nella stessa logica, anche l'obbligo del taglio dei capelli a zero, divenuto possibile solo per esigenze di natura sanitaria.

che non può rispondere ad alcun criterio per così dire di tipo “collettivo” ⁽¹¹⁾. Come garantire un serio trattamento individuale? La legge del 1975 (art. 13) prevede l’osservazione scientifica della personalità per evidenziare le eventuali carenze psicofisiche e altre cause di disadattamento sociale, osservazione che deve avvenire all’inizio dell’esecuzione e poi nel prosieguo. Sulla base di queste osservazioni, sono poi formulate le indicazioni di merito circa il necessario trattamento individualizzato e rieducativo, compilando un apposito **PROGRAMMA**, il quale è di estrema importanza poiché, ad esempio, costituisce il presupposto per l’assegnazione del detenuto ai singoli istituti penitenziari e alle sezioni.

L’utilizzo nella riforma del termine “trattamento” penitenziario può avere diverse giustificazioni. Di certo, particolarmente interessante risulta essere il “collegamento” che tramite il termine si attua tra l’esecuzione della pena e la scienze medica, tra il trattamento penitenziario e il trattamento medico. Sul punto si veda la precedente nota 9. Qui è opportuno mettere in risalto un ulteriore aspetto. Se, da un lato, la prospettiva di “rieducazione medica” è sicuramente presente nello spirito della riforma, come dimostra l’art. 13 sopra richiamato, dall’altro è indubbio che la stessa poi in parte se ne distacchi, non fosse per il fatto che le capacità della scienza medica di trattare e rieducare una persona vanno incontro ad uno scoglio insormontabile, quello dell’**AUTODETERMINAZIONE** del singolo individuo. In altri termini, il trattamento può anche essere quello più scientificamente valido, tuttavia per essere operativo non può prescindere (almeno) dalla volontà del singolo di aderirvi. Se così non fosse si tornerebbe indietro ai tempi di Lombroso, rischiando possibili degenerazioni che la storia ha (tristemente) dimostrato essere sempre possibili, se solo si pensa agli esperimenti medici durante il nazismo. E’ vero che avvennero nei *Lager* e non nelle carceri, tuttavia il principio che li sorreggeva era sempre lo stesso: considerare l’essere umano non come fine in sé ma come mezzo per il raggiungimento di un fine a lui esterno, deciso da altri. Il trattamento penitenziario, pertanto, deve sì mirare alla rieducazione del condannato anche utilizzando un’osservazione di tipo scientifico, non di meno non può spingersi fino alla costrizione, prevalendo invece in modo indiscutibile il consenso dell’interessato. Tutto ciò al di là del fatto che, nella realtà, come facile immaginare, nelle carceri sovraffollate e nella carenza di personale, di un effettivo trattamento individualizzato si è potuta scorrere, fino ad ora, al massimo l’ombra. Ed in effetti è anche questa la causa del progressivo irrobustimento degli strumenti alternativi alla detenzione.

Non solo. Nella legge del 1975 si fa espresso riferimento al diritto all’istruzione del detenuto (art. 19), alle attività culturali, ricreative e sportive (art. 27) ⁽¹²⁾ e si disciplina in modo restrittivo il possibile **USO DELLA FORZA FISICA NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI** (art. 41). In tutti e tre i casi si cerca di implementare specifiche disposizioni costituzionali, in particolare, nel caso dell’uso della forza, l’art. 13, IV comma, Cost. che vieta (e punisce) ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. Si autorizza l’uso della forza solo se indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, tentativi di evasione o per vincere resistenza, anche passiva, agli ordini impartiti. Se si

⁽¹¹⁾ Anche la possibilità di separare, ad esempio, i condannati dagli imputati, oppure, gli adulti dai più giovani, in effetti, non può rispondere a logiche “collettivizzanti”, ma appunto rieducative.

⁽¹²⁾ Il Regolamento precedente, del 1931, puniva invece espressamente ogni comportamento diverso da quelli riguardanti la religione, il lavoro e l’istruzione.

utilizza la forza fisica, vi è l'obbligo di riferire al direttore del carcere, il quale deve disporre, senza indugio, accertamenti sanitari e ulteriori indagini. In ogni caso, è esplicitamente esclusa la possibilità di ricorrere all'uso della forza fisica per fini disciplinari, ma solo per evitare danni a persone e cose e comunque per garantire l'incolumità del soggetto (non è però possibile utilizzare forza fisica per sospendere uno sciopero della fame, nemmeno nel caso in cui il detenuto corra il rischio di morire). Forza che sicuramente deve essere utilizzata per il solo tempo strettamente necessario e costantemente sotto controllo sanitario. Per tutti questi motivi, gli agenti di polizia penitenziaria, che non sono un corpo militarizzato, non possono portare armi in carcere, se non nei casi eccezionali ordinati dal direttore.

La riforma del 1975 istituisce gli strumenti o le misure alternative alla detenzione, sempre nel solco del principio costituzionale della rieducazione. Le tre misure erano: l'**AFFIDAMENTO IN PROVA AI SERVIZI SOCIALI** (con il quale viene meno ogni rapporto con il carcere), il regime della **SEMILIBERTÀ** (con il quale si passa parte del giorno fuori dal carcere) e la **LIBERAZIONE ANTICIPATA** (con il quale si anticipa il fine pena o il tempo necessario per accedere ad altri benefici). Tra loro differenti, erano però accomunate, oltre che dall'essere concesse dalla Magistratura di Sorveglianza, dall'aver tutte una connotazione premiale (legata all'opera rieducativa) e tendenzialmente progressiva, preparatoria al ritorno in libertà.

Dopo la riforma del 1975, gli interventi del **LEGISLATORE** sono stati numerosi. I più noti sono quelli attuati con la legge 663 del 1986 (legge Gozzini), la legge 165 del 1998 (legge Simeone) ed, infine, la legge 193 del 2000 (legge Smuraglia). In tutti casi, è sicuro che il legislatore ha inteso implementare la finalità costituzionale della rieducazione.

In particolare, la legge Gozzini introdusse *ex novo* la misura della **DETENZIONE DOMICILIARE** ⁽¹³⁾ e il beneficio dei **PERMESSI PREMIO** ⁽¹⁴⁾. Inoltre, si elevarono da 20 a 45 giorni per semestre il periodo di pena detraibile a titolo di **LIBERAZIONE ANTICIPATA** e si ammise la possibilità del **LAVORO ALL'ESTERNO** del carcere.

⁽¹³⁾ Ad oggi la detenzione domiciliare può essere disposta dal Tribunale di Sorveglianza ferme alcune condizioni: la pena non sia superiore a 2-4 anni, oppure, il soggetto abbia compiuto 70 anni, oppure, 60 se non autosufficiente; inoltre, rileva lo stato di gravidanza o di madre di prole inferiore a 12 anni (se padre, invece, solo se la madre è morta o nell'assoluta impossibilità di assistere la prole *ex sent.* 215/1990 Corte cost.) e quello di patologie psicofisiche particolarmente gravi. La detenzione domiciliare non può essere concessa per alcuni reati ostativi, per i recidivi e i delinquenti abituali, professionali o per tendenza. Di recente, si è abbassato a 18 mesi il limite sotto il quale la pena può essere eseguita al domicilio e si è prevista la possibilità, ove disponibili, di utilizzare i cd. "braccialetti elettronici" (si veda il d.l. 146/2013, convertito con la legge 10/2014). Da sottolineare, a tale proposito, due sentenze significative della Corte costituzionale. Con la prima (**SENT. 350/2003**) si è stabilito che l'età della prole non possa costituire un limite per la detenzione domiciliare nel caso in cui si tratti di portatore di *handicap* totalmente invalidante. Con la seconda (**SENT. 414/1991**) si è concessa anche al recluso militare (evasore della leva) la possibilità della detenzione domiciliare nel caso di patologie psicofisiche e questo perché, per la Corte, "il valore della dignità e della salute di ciascun essere umano è valore supremo che non conosce distinzioni e graduazioni di status personali e dunque annienta ogni separazione tra cittadini e soldati".

⁽¹⁴⁾ I permessi premio, parte integrante del programma di trattamento, poiché concessi nel caso di costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, erano (e sono) i principali strumenti per coltivare interessi affettivi, anche di natura sessuale, vista l'impossibilità *de facto* di soddisfacimento in carcere.

Se sul piano pratico la riforma dell'ordinamento penitenziario non ha dato nell'immediato i frutti che ci si aspettava, nello specifico per quanto riguarda le misure alternative, è però anche vero che da quel primo parziale fallimento il legislatore sembrò averne tratto beneficio. Le misure extramurarie previste nel 1975 non decollarono perché, tra i tanti motivi, si inasprì il regime penitenziario nelle carceri speciali (con effetto indiretto anche su quelle ordinarie) e si dovette prendere atto del fatto che, in molti casi, la lunghezza dei processi penali conduceva ad esiti sbalorditivi: i detenuti in attesa di giudizio, gli imputati, finivano spesso per aver già scontato l'intera pena poi loro effettivamente inflitta. Così, il legislatore del 1986 decise per un netto cambio di marcia: visto che si capì che in carcere la rieducazione era di fatto molto difficile, allora meglio intervenire per **DECARCERIZZARE**, scopo perseguibile appunto con la detenzione domiciliare (si ricordi, introdotta *ex novo*), i permessi premio e il lavoro all'esterno (in questi due ultimi casi, si riformulò integralmente la disciplina).

5. *Il carcere duro*

Se gli anni settanta-ottanta sono stati, dal punto di vista del legislatore, anni nei quali si è tentato di implementare la rieducazione delle pene costituzionalmente prevista (in modo però mai lineare, poiché ad aperture sono sempre corrisposte anche delle chiusure), gli anni novanta, invece, hanno segnato una forte inversione di tendenza, soprattutto per la recrudescenza del fenomeno della **CRIMINALITÀ ORGANIZZATA**. Come il **TERRORISMO** prima, ora è la criminalità organizzata che giustifica un regime di sorveglianza particolare, in deroga al trattamento ordinario, anche se già la legge Gozzini, in effetti, prevedeva, in risposta al fenomeno del terrorismo, il cd. "**REGIME DI SORVEGLIANZA PARTICOLARE**", poi esteso appunto anche alle forme della criminalità organizzata, in specifico di stampo mafioso.

Particolare di non poco conto, il regime della sorveglianza speciale doveva essere attuato nell'istituto dove il detenuto si trovava: in questo modo si evitava il ritorno alle carceri di massima sicurezza, quando era l'istituto in sé e non le modalità del singolo trattamento ad essere sottoposto ad un regime speciale. Istituite nel 1977, le carceri di massima sicurezza si basavano sul potere del Ministro della Giustizia, previsto dall'art. 90 della legge del 1975, di sospendere nell'istituto, per gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, le normali regole del trattamento, anche a tempo indeterminato. La legge Gozzini confermò la disposizione ma ne mutò i presupposti: introdusse il nuovo **ART. 41 BIS** che attribuiva al Ministro sempre il potere di sospendere le normali regole del trattamento, ma solo in casi eccezionali di rivolta e in altre gravi situazioni di emergenza, per la durata strettamente necessaria al fine di ripristinare l'ordine e la sicurezza.

Con decreto legge 306/1992, convertito nella legge 356/1992, fece il suo ingresso nel nostro ordinamento il cd. "**CARCERE DURO**", previsto dal nuovo II comma dell'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario. Nei confronti dei detenuti per alcuni dei reati ostativi, di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario, quelli, si ricorda, che non consentono l'accesso ai benefici se non si collabora con la giustizia, è previsto che il Ministro della Giustizia, ove ricorrano gravi motivi di ordine pubblico e sicurezza, possa sospendere le normali regole del trattamento penitenziario. Il decreto legge, approvato dopo le stragi del

1992 (dopo Lima, la mafia uccise Falcone e Borsellino), è una sorta di riedizione del precedente art. 90 dell'ordinamento penitenziario, con la differenza che il secondo si applicava all'intero istituto, mentre il primo ad una particolare categoria di detenuti o imputati per delitti di stampo mafioso. Lo scopo principale del 41 bis nuova versione è sicuramente quello di evitare contatti con il mondo esterno o relazioni interne tali da consentire ulteriori attività criminose. Non può essere a tempo determinato, ma deve essere rinnovato dal Ministro con apposito decreto.

In estrema sintesi, pertanto, si può dire che gli interventi del legislatore sono stati ciclici, mai lineari e che, soprattutto, ogni singolo intervento è stato caratterizzato da scelte sicuramente in linea con la rieducazione e allo stesso tempo da altre che lo erano molto meno. E' come se il legislatore, a fronte di aperture, ha sempre ritenuto necessario prevedere anche delle chiusure. In molti imputano questo comportamento al fatto che piuttosto che intervenire riformando in modo organico il Codice penale si è sempre deciso di intervenire in modo parziale, con risultati negativi evidenti. D'altro canto, è innegabile che gli interventi del legislatore italiano, molto spesso, sono stati adottati per adeguare il nostro ordinamento agli impegni presi in sede internazionale, specie in ambito ONU e Consiglio d'Europa.

6. *Trattamenti umani e rieducazione*

Al pari del legislatore, un ruolo fondamentale nella materia dei diritti dei detenuti è ricoperto dalla Corte costituzionale, la cui giurisprudenza, se certo non può essere definita altalenante quanto le scelte legislative, ha però avuto momenti di svolta che hanno permesso di andare oltre precedenti e problematici orientamenti.

E', in effetti, solamente con la **SENT. 313/1990** che si compie una vera e propria inversione di marcia. In precedenza, sin dalla sent. 12/1966 sulla costituzionalità delle pene pecuniarie ⁽¹⁵⁾, per la Corte il finalismo rieducativo riguardava solo la **CONCRETA ESECUZIONE** della pena. A questo era limitato. Il ragionamento era il seguente: il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e il finalismo rieducativo della pena, entrambi previsti dall'art. 27, III comma, Cost., andavano valutati separatamente. Da ciò discendeva che proprio per il principio di umanizzazione la pena poteva avere carattere retributivo. Il divieto di andare oltre una certa soglia afflittiva, detto in altri termini, era in sé garanzia dell'umanità del trattamento ed era, allo stesso tempo, anche la giustificazione della funzione retributiva della pena. Di conseguenza, si negava esclusività ed assolutezza alla rieducazione (in questo caso si interpretava il "tendere" previsto in Costituzione come implicante anche altre funzioni della pena). Siffatta argomentazione giustificava la **CONCEZIONE POLIFUNZIONALE DELLA PENA**, che sembrava implicita nel disposto costituzionale: deterrenza, prevenzione, difesa sociale primeggiavano, essendo la rieducazione confinata negli "angusti limiti" della fase esecutiva.

⁽¹⁵⁾ La pena di tipo pecuniario è costituzionale visto che ha fini solo retributivi o al massimo deterrenti? Che la rieducazione possa anche fuoriuscire dall'orizzonte delle pene pecuniarie appare del tutto evidente, a parte la questione della sua compatibilità con il principio di eguaglianza. Per la Corte, proprio con la sent. 12/1966, non vi è contrasto alcuno tra una pena solo pecuniaria e il finalismo rieducativo e questo perché le pene possono avere differenti funzioni e quella rieducativa, allora, riguardava solo la fase esecutiva.

La Corte, nel 1990, compie un deciso passo in avanti. Non può negarsi che la pena, al di là della retribuzione, abbia caratteri anche afflittivi. La Corte questo lo ammette esplicitamente. Allo stesso modo, prosegue il giudice delle leggi, è indubbio che la pena possa servire per la difesa sociale e la prevenzione generale, specie per l'intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di chi delinque. Detto ciò, tutti questi scopi non possono autorizzare il pregiudizio della **FINALITÀ RIEDUCATIVA**, poiché 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". E' per questo che, in uno Stato evoluto, per la Corte, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena. L'esperienza successiva ha dimostrato, infatti, che il "tendere", previsto in Costituzione, lungi dal riferirsi al solo trattamento, indica invece "proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue". Il "tendere", allora, significa solamente che il detenuto non può essere obbligato a rieducarsi, come dimostra l'istituto della liberazione anticipata, che fa derivare decurtazioni di pena solo nel caso in cui il detenuto si adegui all'opera rieducativa. Se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate, né in sede normativa né in quella applicativa, alle necessità rieducative del soggetto.

E perciò la conclusione: "Deve essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie. Del resto, si tratta di un principio che, seppure variamente profilato, è oramai da tempo diventato **PATRIMONIO DELLA CULTURA GIURIDICA EUROPEA**, particolarmente per il suo collegamento con il principio di proporzione fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra".

La Corte sembra mettere da parte le teorie polifunzionali della pena, per concentrarsi su quella rieducativa, che non riguarda più solo la fase esecutiva, ma tutte le varie vicende ordinamentali della pena, da quella dell'astratta previsione del legislatore a quella di cognizione da parte del giudice, da quella riguardante i giudici e i magistrati dell'esecuzione e della sorveglianza, finanche quella concernente le stesse autorità penitenziarie. A questo elenco di soggetti se ne possono aggiungere altri che partecipano alle vicende della pena, come ad esempio il Capo dello Stato al momento di concedere la grazia e di commutare le pene. Questo ancor di più dopo la sentenza 200/2006 della Corte costituzionale con la quale si è riformulato lo statuto costituzionale del potere di grazia, affidato al Capo dello Stato per motivi eminentemente umanitari ed equitativi.

D'altro canto, dalla lettura della decisione della Corte emerge chiaramente anche l'impossibilità di considerare in modo disgiunto **UMANITÀ** del trattamento e **FINALITÀ RIEDUCATIVA**: le due cose stanno insieme, in quanto solo un carcere umano può rieducare (e questo è auto-evidente) e allo stesso modo solo la rieducazione può garantire il rispetto

della dignità umana (nel senso che si impedisce di trattare l'uomo come fine, anche più meritevole di tutela) ⁽¹⁶⁾.

7. *Legislatore incauto e rieducazione*

Di particolare interesse risulta valutare quel filone giurisprudenziale che, basandosi sulla sentenza del 1990, ha inteso valorizzare nella sua massima portata il principio rieducativo. Ci si riferisce a quelle decisioni della Corte nelle quali si dichiarano incostituzionali talune leggi restrittive che avevano "allungato" il tempo per poter accedere a determinati benefici penitenziari, senza considerare il progresso rieducativo in carcere. In poche parole: la Corte è giunta a giudicare incostituzionali quelle scelte del legislatore con le quali si elevavano, anche retroattivamente, gli anni utili per accedere ad un beneficio penitenziario, senza tuttavia considerare la situazione di coloro che già avevano realizzato tutte le condizioni per poter accedere a quel beneficio.

Per la Corte, tale scelta del legislatore è da considerarsi incostituzionale poiché, ostacolando l'accesso ai benefici, ostacola anche il compimento dell'opera rieducativa. In base a quali motivazioni la Corte giunge a questa conclusione? Per il fatto che, sebbene la pena possa avere diverse funzioni, quello che conta è che nessuna vada a prevalere in modo completo sull'altra, cosa che invece avviene se si preclude il processo rieducativo a favore di altri fini ad esempio di prevenzione. Il sacrificio di una funzione della pena deve essere il "**MINIMO INDISPENSABILE**" per realizzare il soddisfacimento di un'altra funzione della pena.

In questa direzione si muovono le decisioni con le quali la Corte costituzionale ha dapprima (**SENT. 173/1999**) dichiarato incostituzionale l'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevedeva che il beneficio del **PERMESSO PREMIO** poteva essere concesso nei confronti dei condannati che, prima del d.l. 306/1992, approvato dopo la strage di Capaci, avessero già realizzato le condizioni per usufruire dello stesso beneficio (e verso i quali non sussistevano collegamenti attuali con la criminalità organizzata). Il fine di difesa sociale e quello di prevenzione, in questo caso, "schiacciavano" completamente la rieducazione e questo è incostituzionale.

E poi la più recente **SENT. 257/2006** con la quale la Corte utilizza il medesimo ragionamento, questa volta in materia di applicabilità ai condannati **RECIDIVI REITERATI** dei nuovi limiti di pena stabiliti da una legge del 2005 (la n. 251, nota come *ex* Cirielli) per accedere ai permessi premio. Dato che la legge del 2005 valeva anche per i delitti commessi anteriormente, la conclusione della Corte non poteva che essere quella: se si precludesse l'accesso ai permessi premio anche a coloro che già avevano maturato il diritto di accedervi, infatti, la rieducazione verrebbe completamente "schiacciata" da un'altra funzione della pena, che sia deterrente, retributiva, preventiva speciale.

8. *L'art. 27 Cost. come corpo unitario*

D'altro canto, è stata proprio la Corte costituzionale a valorizzare al massimo grado il collegamento tra la funzione rieducativa della pena da una parte e la responsabilità penale

⁽¹⁶⁾ Tutti gli altri fini della pena, da un certo punto di vista, strumentalizzano l'essere umano, certamente il fine di prevenzione generale (la deterrenza) e di difesa sociale, poiché, anche in questo secondo caso, il fine, pur dei più meritevoli, non puoi mai giustificare il mezzo se con il mezzo si lede la dignità di una persona, ad esempio "costringendolo" alla collaborazione pur di accedere ai benefici penitenziari.

personale. In questo modo chiarendo ancor di più l'importanza di una **LETTURA CONGIUNTA** dei principi contenuti tutti nell'**ART. 27 COST.** E lo ha fatto prima con una storica decisione e poi più di recente con una sentenza non meno fondamentale.

Nel primo caso, ci si riferisce alla **SENT. 364/1988** con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 5 Codice penale nella parte in cui non esclude l'**IGNORANZA INEVITABILE** dalle cause che scusano l'ignoranza della legge penale. Una decisione storica, ancorché molto discussa. Per la Corte i numerosi dubbi interpretativi circa la responsabilità penale personale sono fugati se solo si considera il finalismo rieducativo della pena. Comunque valutata, la rieducazione postula, almeno, la colpevolezza della persona, altrimenti come rieducare chi non è almeno in colpa?

Nel secondo caso, il riferimento è alla **SENT. 78/2007**, per mezzo della quale la Corte ha sancito l'incostituzionalità della radicale esclusione dalle **MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE** di un'intera categoria di soggetti, individuata dal legislatore sulla base di un indice privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati. Questa categoria di soggetti era rappresentata, come noto, dai **CITTADINI EXTRACOMUNITARI IRREGOLARMENTE PRESENTI NEL TERRITORIO ITALIANO**.

9. Riconoscere e soprattutto garantire i diritti

A questo primo filone giurisprudenziale se ne accosta un secondo, strettamente correlato, concretizzatosi nella **GARANZIA DEI DIRITTI** dei detenuti, non più solo riconosciuti, ma appunto anche garantiti. La Corte ha più volte detto che un diritto ancorché riconosciuto, se non è garantito, rimane lettera morta. Le due cose devono andare di pari passo, il che significa soggezione alla valutazione del giudice di tutti i provvedimenti che, presi dall'amministrazione penitenziaria o dagli organi del potere esecutivo, potrebbero andare a ledere i diritti dei detenuti. Nessun dubbio che, con il tempo, quella che era considerata l'eccezione è diventata sempre più la regola: se, prima, i diritti dei detenuti erano "concessi" dall'amministrazione, ora, invece, non solo ai detenuti spettano la generalità dei diritti delle persone non ristrette, salvo la necessità di contemperarli rispetto alla realtà carceraria, ma quello che più conta è che è possibile adire un giudice avverso i provvedimenti dell'amministrazione ritenuti lesivi dei diritti stessi.

Un giudice che, fino al 1975, era quello amministrativo, mentre con la riforma dell'ordinamento penitenziario, di quell'anno, è diventata la Magistratura di sorveglianza, composta dal Magistrato di sorveglianza (monocratico) e dal Tribunale di sorveglianza, formato da due magistrati ordinari e due esperti nominati dal Consiglio Superiore della Magistratura. La competenza territoriale dei Magistrati di sorveglianza è in parte ricalcata sui distretti di Corte di appello (attualmente 26), mentre quella dei Tribunali corrisponde integralmente ai distretti di appello. Contro i provvedimenti del Magistrato di sorveglianza è possibile ricorrere dinanzi al Tribunale, le cui decisioni, molte delle quali di primo grado (poiché di sua diretta competenza), sono appellabili in Cassazione ⁽¹⁷⁾.

Se molti degli esempi più importanti in materia di garanzia giurisdizionale dei diritti dei detenuti sono recenti, non va comunque scordata la fondamentale **SENT. 204/1974**

⁽¹⁷⁾ E' utile segnalare che, in altri ordinamenti, come quello francese, ancora oggi i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo.

della Corte costituzionale, con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato contrario alla Costituzione il procedimento allora in vigore per la concessione della **LIBERAZIONE CONDIZIONALE**, la cui decisione ultima era di spettanza del Ministro della Giustizia, che poteva disattendere il parere del giudice di sorveglianza circa il sicuro ravvedimento.

Un primo e fondamentale intervento per giurisdizionalizzare un aspetto di primaria importanza nella fase esecutiva della pena, quello della liberazione condizionale, che, ricorda la Corte nella decisione 1974, il legislatore non certo a caso aveva da poco esteso agli ergastolani, con la legge 1634/1962. Già allora, pertanto, era presente il seme che germoglierà in modo compiuto solo successivamente, a distanza di non pochi anni: i detenuti non solo hanno dei diritti ma nel caso si ritengano lesi devono avere il diritto di potersi rivolgere ad un giudice.

Si vedano a tale proposito due esempi recenti significativi.

a) La Corte, con la **SENT. 26/1999**, si è espressa sulla mancata previsione, nell'ordinamento penitenziario, di adeguate forme di tutela giurisdizionale con riferimento ai **RECLAMI GENERICI DEI DETENUTI**, rivolti al Magistrato di sorveglianza e decisi *de plano*. Anche in questi casi, sostiene la Corte, si deve riconoscere al detenuto il diritto di agire in giudizio per la difesa dei propri diritti seguendo un procedimento di natura giurisdizionale. Non solo istanze e sollecitazioni al magistrato, poiché queste devono essere trattate entro minime garanzie procedurali costituzionalmente dovute, come la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso in Cassazione. Nel caso di specie, la Corte si ferma ad una sentenza additiva di principio, poiché rinvia al legislatore la scelta di come disciplinare la tutela giurisdizionale minima per il detenuto. Con il risultato che la svolta della Corte è stata attuata in modo del tutto frammentario dal legislatore, come d'altro canto è facile leggere nella recente sentenza *Torreggiani* della Corte di Strasburgo.

b) Il giudice costituzionale, nella **SENT. 526/2000**, torna ancora sulla necessità di una diretta ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, in particolare per quel che riguarda le **PERQUISIZIONI**. L'ordinamento penitenziario (art. 34) prevede che in carcere si possano eseguire perquisizioni solo per motivi di sicurezza e comunque nel rispetto della personalità. Non prevede, invece, che delle perquisizioni l'amministrazione penitenziaria debba redigere atto motivato contenente i presupposti e le modalità, da comunicare entro 48 ore al giudice per la convalida (esattamente come invece avviene per le restrizioni alla libertà personale *ex art. 13 Cost.*). La Corte sostiene che debba essere sempre necessaria ed imposta, anche *ex post*, per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, una forma di documentazione dell'avvenuta perquisizione. Anche in questo caso, la Corte non può che rimandare al legislatore l'effettiva concretizzazione di quanto sancito, fermo che la sentenza interpretativa di rigetto enuclea sicuramente un nocciolo di prescrizioni vincolanti per l'amministrazione penitenziaria ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Il caso dal quale prende corpo la sentenza del 2000 è indicativo. Un detenuto era stato ammonito dal Direttore del carcere per non aver eseguito un ordine impartitogli. Per il detenuto e così per il Magistrato di sorveglianza che solleva la questione alla Corte l'ordine impartito era illegittimo: si trattava di eseguire nudo delle flessioni sulle gambe dinanzi agli agenti della polizia penitenziaria in sede di perquisizione personale.

10. *Detenuti e diritto alla salute*

E' stata quindi la Corte costituzionale, forse più del legislatore, il vero artefice dell'estensione, del riconoscimento e della garanzia dei diritti dei detenuti, con il solo limite delle peculiari esigenze della realtà carceraria, che, non va dimenticato, non esaurisce le formazioni sociali entro le quali il detenuto può svolgere la propria personalità, ma sicuramente rappresenta la più significativa.

Ancora qualche esempio dal quale si comprende bene il legame tra un certo diritto e la sua effettiva tutela, nello specifico tra alcuni diritti sociali e più generali e la possibilità di ricorrere di fronte ad un giudice.

a) Il detenuto gode di un **DIRITTO ALLA SALUTE** parificato rispetto a quello di tutte le persone. La Corte con la **SENT. 190/2010** lo ha detto in modo chiaro, peraltro in riferimento ai detenuti in regime di art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario ⁽¹⁹⁾. La limitazione a due sole ore di area all'aperto, decisa dal Ministro della Giustizia, è un provvedimento avverso il quale il detenuto può sempre rivolgersi al Tribunale di sorveglianza, lamentandosi della lesione di un suo diritto soggettivo, appunto il diritto alla salute. E non si tratterebbe di valutare la congruità del mezzo rispetto al fine, di competenza del Ministro, ma "dell'accertamento dell'eventuale lesione di un diritto fondamentale – mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza – da verificare caso per caso".

b) In un'altra decisione (**SENT. 173/1997**), la Corte ha sostenuto che rappresenta una compromissione del diritto fondamentale alla salute la sospensione automatica, sulla base di una semplice denuncia e senza la valutazione di compatibilità del Magistrato di sorveglianza, della **DETEZIONE DOMICILIARE** concessa per la protezione della **SALUTE** del condannato.

Il caso è istruttivo. Un detenuto agli arresti domiciliari, concessigli perché malato di AIDS, risultava evaso (di fatto, si era assentato da casa per qualche ora e nel mentre aveva ricevuto visita dalla polizia, la quale, non trovandolo, aveva denunciato il reato al Magistrato di sorveglianza). In questo caso, l'ordinamento prevedeva che il Magistrato di sorveglianza, ricevuta notizia dell'evasione, doveva obbligatoriamente, in modo automatico e immediatamente disporre la sospensione della detenzione domiciliare. Siffatto automatismo è stato contestato dinanzi alla Corte, ritenendolo in contrasto con la presunzione di non colpevolezza, con la finalità rieducativa della pena e con il diritto alla salute del detenuto. In questo ultimo caso, il giudice rimettente (lo stesso Magistrato di sorveglianza) sostiene che tra i presupposti per la detenzione domiciliare, che la fanno preferire al carcere, vi sono, non solo le condizioni di salute particolarmente gravi, ma anche la necessità di costanti contatti con i presidi sanitari territoriali, i quali, evidentemente, possono anche imporre frequenti allontanamenti del soggetto dalla propria abitazione. Per la Corte l'automatismo è quindi incostituzionale: oltre ad essere irragionevolmente differente rispetto al regime della semilibertà (l'evasione, in questo caso,

⁽¹⁹⁾ Vale la pena ricordare che il regime del carcere duro, in vigore da ormai venti anni e per lo più istituzionalizzato, andando oltre quindi l'iniziale esigenza di sicurezza rispetto all'erompere della stagione delle stragi di mafia degli inizi degli anni novanta, si può applicare anche nei confronti dell'imputato e non solo del condannato.

si ha con l'assenza per più di dodici ore dal penitenziario), oltre a contrastare con la finalità rieducativa di tutte le pene, quindi, anche di quelle alternative al carcere, sostiene la Corte, l'automatismo, privando il magistrato di ogni discrezionalità rispetto alla sospensione, "urta senza dubbio" anche con l'art. 32 Cost. Dato che la detenzione domiciliare è concessa prevalentemente per motivi sanitari (per pene inferiori ai tre anni), la "brusca" sospensione, che per ipotesi potrebbe anche discendere da una semplice denuncia di evasione presentata da un privato (e non della polizia), rappresenta "indubbiamente una lesione, o quanto meno un grave rischio di lesione, di un bene tutelato come fondamentale dalla Costituzione". Spetterà al magistrato pertanto decidere se sospendere o meno, ovviamente con provvedimento motivato.

c) Tuttavia, un problema in parte simile è stato risolto dalla Corte in modo completamente differente. Con la **SENT. 438/1995** la Corte ha dichiarato incostituzionale il rinvio obbligatorio, quindi automatico, della pena nei confronti dei **MALATI CONCLAMATI DI AIDS**, i quali sembravano una sorta di categoria penalmente immune, proprio per l'automatismo del rinvio.

Il rinvio obbligatorio, per la Corte, non permette di valutare, nel concreto, la realtà del singolo carcere e quindi può non raggiungere lo scopo di tutelare la salute degli altri detenuti. Per di più, caso certo non frequente, la Corte chiede al Ministero della Giustizia taluni dati sulla recidiva, con i quali dimostra che, in non poche occasioni, il malato di AIDS, la cui pena è stata rinviata, è tornato a delinquere. Per la Corte non ci sono dubbi che la salute collettiva nel carcere sia un bene da tutelare, ma il rischio di contagio, che si vuole evitare, deve essere concreto, non può essere presupposto, altrimenti verrebbero lesi altri interessi meritevoli di tutela. Inoltre, la Corte evidenzia che il Codice penale (art. 146) si riferisce solo ai malati conclamati di AIDS, non prevedendo, invece, i sieropositivi, ossia coloro che realmente possono trasmettere la malattia. Insomma, se il rinvio obbligatorio della pena è un istituto ragionevole se riguarda, ad esempio, la donna incinta, perché è ragionevole presumere che le sue condizioni siano incompatibili con il carcere, non lo stesso può dirsi per i malati conclamati di AIDS, la cui presunzione di inidoneità al carcere contrasta con il canone della ragionevolezza, poiché importante è capire se in concreto esista davvero la incompatibilità con il carcere e finanche il pericolo per la salute degli altri detenuti.

11. Il diritto dei diritti, ossia il diritto di difesa

Si consideri, inoltre, il problema del diritto dei **DETENUTI DI CONFERIRE CON I PROPRI LEGALI**, in particolare quando si tratta di persone in regime di carcere duro. Prima del 2009, le misure restrittive del 41 bis si applicavano solamente ai colloqui personali, essendo esplicitamente esclusi quelli con i difensori. Non vi erano limiti di tipo quantitativo per quanto riguarda i colloqui con i difensori. Con il cd. "pacchetto sicurezza" del 2009, al contrario, si è previsto un massimo di tre volte alla settimana anche per i colloqui con gli avvocati (un'ora massimo per i colloqui visivi, dieci minuti per quelli telefonici). In altre parole, si sono parificati i difensori a tutte le altre persone con le quali i detenuti al 41 bis possono (in modo quantitativamente limitato) interloquire. Il legislatore del 2009 non ha però esteso ai colloqui con i difensori le ulteriori restrizioni previste per quelli con i famigliari, quindi il vetro divisorio, il controllo auditivo e la videoregistrazione.

Il caso è, come sempre, istruttivo. Un detenuto al carcere duro aveva chiesto al Direttore del carcere la possibilità di conferire con il proprio avvocato. La richiesta era stata respinta perché il detenuto aveva già utilizzato la quantità massima di colloqui disponibili. Avverso il diniego, il detenuto propone reclamo al Magistrato di sorveglianza, il quale investe la Corte costituzionale del problema, in specie per contrasto con l'art. 24 Cost. (diritto di difesa).

La Corte, con la recente **SENT. 143/2013**, dichiara incostituzionale la restrizione: da un lato, il diritto di difesa può subire limitazioni, nel bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, ma mai essere compromesso nella sua effettività; dall'altro, non può essere tradotto in un enunciato normativo il sospetto nei confronti di una categoria di soggetti, gli avvocati, tenuti peraltro al rispetto del codice deontologico e sottoposti a vigilanza dall'ordine cui appartengono. Le restrizioni al diritto di difesa devono risultare assolutamente necessarie e comunque, se il detenuto è coinvolto in più procedimenti, se ne deve tenere conto. Inoltre, si domanda il giudice delle leggi, aumenta la salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini una così grave compressione delle esigenze difensive? Per la Corte no, anche perché i colloqui con i difensori non sono ascoltati e videoregistrati (del resto, il Codice penale prevede un aggravamento di pena – da 2 a 5 anni di reclusione, invece che da 1 a 4 anni – nel caso di agevolazione delle comunicazioni con l'esterno da parte degli avvocati). Pertanto, alla limitazione del diritto di difesa non corrisponde alcun incremento della salvaguardia della sicurezza dei cittadini. Posto che il bilanciamento non può spingersi fino a eliminare la ragion d'essere di uno dei due diritti in gioco, in questo caso il pacchetto sicurezza si dimostra incongruo rispetto al fine dichiarato.

12. *Diritti dell'altro mondo?*

Ma se il detenuto ha il diritto alla salute al pari di tutte le altre persone, se non può mai vedersi completamente leso il diritto dei diritti, ossia quello di difendersi con l'ausilio di un avvocato, ha forse anche altri diritti, legati strettamente alla sua intimità? Diritti che nel nostro ordinamento non solo non sono ancora espressamente riconosciuti, a differenza di quanto avviene in altri e senza considerare le indicazioni in tal senso provenienti dalle istituzioni europee, sia dall'Unione che dal Consiglio d'Europa, ma che sembra non riescano nemmeno a trovare uno spiraglio prossimo di effettiva tutela, destinata quindi a rimanere lettera morta, nonostante le importanti ripercussioni (negative) riguardanti la collettività nel suo complesso, oltre che quella penitenziaria. Come sempre, la Corte costituzionale fa molto ma non può sostituirsi al legislatore.

Si pensi alla **SENT. 301/2012** sul **DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ**. Il Magistrato di sorveglianza ha sollevato questione di costituzionalità in riferimento alla disposizione dell'ordinamento penitenziario (art. 18, II comma) in base alla quale i colloqui di tutti i detenuti sono sottoposti al controllo visivo del personale di custodia. Numerosi articoli della Costituzione sarebbero lesi: dall'art. 2 all'art. 3, dall'art. 27, III comma all'art. 32 Cost.

Sintetizzando al massimo: il controllo visivo violerebbe la dignità umana del detenuto, non permetterebbe il pieno sviluppo della sua personalità, andando ad incidere negativamente sulla rieducazione e sulla salute, soprattutto poiché, di fatto, impedirebbe i rapporti affettivi, compresi quelli sessuali, così raffigurandosi alla stregua di un trattamento contrario al senso di umanità. Non solo: se la Costituzione tutela la famiglia e protegge la

maternità (artt. 29 e 31 Cost.), come valutare il controllo visivo sui colloqui del detenuto? Facile, per il Magistrato di sorveglianza, riportate tutta una serie di norme che, invece, favoriscono il mantenimento, il miglioramento e il ristabilimento dei rapporti familiari (ma non solo) del detenuto. In particolare, oltre ai colloqui ordinari, possono concedersi anche parti di giornata da trascorrere con i familiari in locali all'aperto o a ciò adibiti, compresa la possibilità di avere un pranzo insieme (anche questi casi sempre però con il controllo visivo) ⁽²⁰⁾. Il giudice rimettente, inoltre, non manca di sottolineare che l'istituto dei permessi-premio, previsti nel nostro ordinamento, non risolve in alcun modo il problema: intanto, non ne possono beneficiare i detenuti in custodia cautelare (che, si ricorda, in Italia sono intorno al 40% del totale) e, poi, ne sono esclusi molti per via della legge sulla recidiva del 2005. In altre parole, dei permessi-premio possono beneficiarne un'esigua minoranza di detenuti.

Ora, con una decisione tanto breve quanto importante, è vero che la Corte costituzionale dichiara la questione inammissibile. In primo luogo, contesta al giudice a quo di non aver descritto in modo sufficiente i fatti del giudizio, non avendo precisato, tra l'altro, se il detenuto potesse o meno beneficiare dei permessi premio. In secondo luogo, la Corte sostiene che un suo eventuale intervento ablativo non risolverebbe il problema: se da una parte il controllo visivo risponde sicuramente ad esigenze di prevenzione dei reati entro le mura del carcere (e questa esigenza, nel caso il controllo fosse eliminato, risulterebbe lesa), dall'altra un intervento in ipotesi abrogativo non risolverebbe il problema, poiché si dovrebbe comunque procedere organizzando le visite, i tempi e quanto altro, in questo caso necessariamente per tramite di un intervento legislativo. La Corte esclude quindi la possibilità di adottare una sentenza additiva di principio ⁽²¹⁾: tra l'altro, a chi si dovrebbe riconoscere il diritto di intrattenere rapporti intimi, anche sessuali, con i detenuti? Al coniuge e al convivente stabile, oppure, a chiunque? Non essendo possibile affermare una soluzione costituzionalmente imposta, la Corte nega la sentenza additiva di principio.

Ma se la Corte adotta una decisione di questo tipo, per quale motivo può essere annoverata tra quelle che aumentano le garanzie dei diritti dei detenuti? Per un passaggio fondamentale nel quale la Corte sostiene che il problema dei legami affettivi “evoca un'**ESIGENZA REALE E FORTEMENTE AVVERTITA**”, che trova una risposta “solo parziale” nell'istituto dei permessi-premio. Si tratta, pertanto, di “un problema che merita attenzione da parte del legislatore”, anche tenendo conto dell'esperienza comparatistica ⁽²²⁾ e delle indicazioni della Corte di Strasburgo (la quale, non di meno, non ha ancora sancito che la CEDU implichi un obbligo in tale senso, nemmeno tra coniugi).

Siffatta conclusione non è poi molto dissimile da quella ancora più recente, sempre della Corte, in merito ad uno dei possibili modi, prospettatigli dai giudici a quo, per

⁽²⁰⁾ Nelle Regole Penitenziarie Europee, approvate dal Consiglio d'Europa e richiamate nella causa, si fa espresso riferimento all'astinenza sessuale, che comporterebbe seri problemi psichici dovuti non solo all'assenza di intimità, ma anche a colloqui brevi e frustranti. Nello stesso senso una raccomandazione del Parlamento Europeo del 2004

⁽²¹⁾ Con la quale, in attesa del legislatore, i giudici potrebbero di volta in volta risolvere i casi concreti. Non potendosi prefigurare quelle “rime obbligate”, che sole giustificano tali decisioni, la Corte adotta pertanto un atteggiamento prudente.

⁽²²⁾ Una soluzione adottata in Spagna, Norvegia, Danimarca e Svezia è quella di permettere di passare del tempo, senza controllo visivo, in una stanza apposita all'interno dell'istituto, soluzione che era prevista anche nell'originario Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario del 2000, senza tuttavia giungere alla definitiva approvazione.

risolvere il drammatico problema del **SOVRAFFOLLAMENTO**. Alla Corte era stato domandato se non fosse costituzionalmente illegittima la previsione del rinvio facoltativo della pena (art. 147 Codice penale) solo in determinati casi, nei quali non era prevista la possibilità di scontarla in condizioni contrarie al senso di umanità. La Corte, con la **SENT. 279/2013**, adotta ancora una volta la tecnica di rinviare al legislatore la soluzione del problema, che reputa rilevantissimo e aggiunge che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al "grave" problema del sovraffollamento. Richiamandosi espressamente alla sentenza *Torreggiani*, pertanto, la Corte giunge ad una conclusione interlocutoria. Non spetta al giudice costituzionale aggiungere, ai motivi per il rinvio facoltativo (gravidanza, grave infermità fisica, maternità entro i tre anni), quello delle condizioni delle carceri, tuttavia, il legislatore deve intervenire, altrimenti la decisione della stessa Corte potrà anche essere rivista in futuro ⁽²³⁾.

Si pensi, ancora, alla **SENT. 135 DEL 2013** in materia di **DIRITTO ALL'INFORMAZIONE**. Il caso. Il direttore generale del Ministero della Giustizia aveva disposto l'oscuramento dei canali di Rai Sport e di Rai Storia per tutti i detenuti al 41 bis nel carcere di Rebibbia. Un detenuto aveva fatto ricorso al Magistrato di Sorveglianza, il quale ha deciso di annullare il provvedimento. Ma, a questo punto, il Ministro della Giustizia, su proposta del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, aveva disposto di non dare seguito all'annullamento del magistrato. Da qui il sollevamento della questione dinanzi alla Corte.

In effetti, il giudice a quo sostiene che il diritto all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost., non può essere leso se non in particolari condizioni, per evitare contatti tra il detenuto al carcere duro e le organizzazioni criminali. Del resto, osserva il giudice, non erano state oscurati altri sette canali televisivi, mentre era già stato ritenuto legittimo il provvedimento per oscurare un'altra emittente (Rai Due), che proponeva trasmissioni dove era possibile passare in video messaggi inviati dal pubblico. In definitiva, per il giudice a quo non vi era alcun nesso concreto, nel caso di Rai Sport e Rai Storia, di far giungere ai detenuti al 41 bis indebite comunicazioni (nel caso specifico, il pubblico poteva inviare sms).

Il caso di specie è doppiamente importante. Da una parte, per il merito della questione, dall'altra per la inammissibilità, per il potere esecutivo, di rendere vani i provvedimenti del magistrato di sorveglianza, titolare della giurisdizione in materia di diritti dei detenuti e di eventuali violazioni da parte dell'amministrazione penitenziaria. La tutela dei diritti dei detenuti, costituzionalmente necessaria, sarebbe pertanto priva di effettività: si tornerebbe indietro prima del 1999, anno della sent. 26 della Corte con la quale, come si è visto, si era associato al riconoscimento dei diritti del detenuto anche la loro effettiva garanzia giurisdizionale (compreso il ricorso per legittimità in Cassazione, nel caso di specie non attivato dall'amministrazione penitenziaria).

Il Ministro della Giustizia, si noti, non si è costituito dinanzi alla Corte, anche perché, nelle more del giudizio, si era deciso di assicurare anche ai detenuti al carcere duro la possibilità di vedere Rai Sport e Rai Storia. Il giudice ricorrente, non di meno, insiste e non considera cessata la materia del contendere, anche perché non vi è stata alcuna presa di posizione a livello ministeriale circa l'obbligatorietà delle decisioni del Magistrato di

⁽²³⁾ Stessa argomentazione che, del resto, la Corte aveva già espresso nella precedente sent. 23/2013 in merito al decorso della prescrizione anche nei confronti di una accertata irreversibilità dell'imputato di partecipare al processo (il cd. "eternamente giudicabile").

sorveglianza. Il Ministero aveva solo cambiato idea e niente era detto della pronuncia del giudice. Per di più, il ricorrente ricorda che, nel giudizio che poi ha portato alla sentenza *Torreggiani* della Corte di Strasburgo dell'8 gennaio 2013, il Governo italiano aveva sostenuto che le decisioni del Magistrato di sorveglianza, in tema di diritti dei detenuti, erano da considerarsi vincolanti e pertanto costituivano uno strumento efficace di tutela dei diritti (ciò che appunto la Corte EDU intendeva verificare).

La Corte costituzionale decide in modo completamente favorevole al remittente: i diritti dei detenuti possono subire restrizioni di vario genere “unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, III comma, Cost.”. Il giudice aveva già stabilito che non si riscontravano nel caso di specie esigenze specifiche e quindi il Ministero non poteva rendere ineffettiva una tutela giurisdizionale costituzionalmente necessaria.

A dimostrazione della rilevanza delle decisioni della Corte costituzionale, è utile segnalare, immediatamente successiva alla sentenza appena richiamata, la decisione di un Magistrato di Sorveglianza, il quale ha accolto il reclamo di un detenuto, sempre al carcere duro, contro le innovazioni in tema di **COLLOQUI CON I MINORI DI 12 ANNI**, introdotte da una circolare del DAP (Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria).

In base alla prassi precedente, fondata su una circolare del DAP del 2003 (e comunque sempre nel rispetto dei limiti temporali previsti dalla normativa: 10 minuti), il detenuto al 41 bis poteva colloquiare con il figlio (o il nipote in linea retta) minore di 12 anni senza vetro divisorio, in sala con videoregistrazione e con la contestuale presenza, al di là del vetro divisorio, degli altri familiari autorizzati ad assistere al colloquio. Il “passaggio” del minore al di là del vetro avveniva sotto stretta sorveglianza del personale di polizia penitenziaria.

Ora, la nuova circolare del DAP, per diminuire il rischio di utilizzare i minori per l'invio di messaggi all'esterno, ha disposto, per la parte di colloquio visivo con il minore senza vetro divisorio, la fuoriuscita (un vero e proprio allontanamento) degli altri familiari presenti sin dal passaggio del minore al di là del vetro e per tutta la rimanente durata del colloquio.

La nuova prassi ha ingenerato subito grossi problemi, poiché il bambino che da anni non vedeva il padre o il nonno si trovava immediatamente a contatto diretto con l'adulto, che veniva avvertito come un estraneo, senza alcuna rassicurazione che invece poteva dare la presenza di altro familiare, relegato secondo la nuova prassi al di là del vetro divisorio, anzi, relegato in un'altra stanza diversa da quella colloqui.

Il Magistrato di Sorveglianza, investito di un reclamo, giudica in palese violazione della Costituzione (artt. 2, 29, 30, 31 Cost.) la nuova prassi e pertanto vincola l'amministrazione, nel caso il carcere di Spoleto, a ripristinare la prassi anteriore all'ultima circolare DAP. Per il Magistrato le nuove misure non sono congrue e proporzionate: basta e avanza la videoregistrazione integrale dei colloqui.

Merita di essere citata anche la questione riguardante la **LIBERTÀ DI CORRISPONDENZA**. In questo caso, in effetti, si sono avuti interventi della Corte costituzionale, della Corte di Strasburgo e nello specifico del legislatore, che ha riformato integralmente la materia, anche per adeguarsi ai moniti dei giudici.

Prima del 2004, il Magistrato di sorveglianza poteva discrezionalmente sottoporre a visto di controllo la corrispondenza dei detenuti, in uscita e in entrata. Non vi erano limiti né di durata né di oggetto, nemmeno per la corrispondenza con i difensori e gli organi internazionali ai quali l'Italia partecipava. L'unica possibilità era quella del reclamo da parte del detenuto, ma niente di più.

Nel 2004, dopo che nel 2000 si era esclusa la corrispondenza verso organismi internazionali, la materia è stata completamente riformata, essendosi approvata la legge 95. La riforma, sicuramente importante, prevede, innanzitutto, tre tipi di controlli: limitazioni, visti e controllo senza lettura. Si escludono, esplicitamente, le lettere verso i difensori e gli organi internazionali. Infine, si dispone un termine massimo di sei mesi per il trattenimento della corrispondenza, prorogabile per altri tre. In ogni caso, al detenuto è riconosciuto il diritto di ricorrere al Magistrato di sorveglianza nel caso ritenga leso un suo diritto nello specifico in materia di libertà di corrispondenza (in questo modo l'Italia si adegua alla sentenza *Diana vs Italia* del 1996 della Corte EDU nella quale si lamentava appunto l'assenza di tutela giurisdizionale).

Infine, merita menzione anche un ulteriore diritto da riconoscersi in capo ai detenuti poiché attribuito a tutti gli essere umani senza distinzioni di sorta, ossia il diritto di accedere alla **PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA**. La legge 40 non fa alcuna distinzione, pertanto non sembrano esistere problemi, che tuttavia sono stati posti spesso dall'amministrazione penitenziaria all'atto di negare il prelievo dello sperma in carcere. E' stata infatti la Corte di Cassazione, con una storica sentenza del 2008, ad ammettere il detenuto, nel caso al carcere duro, alle tecniche medicalmente assistite: il sacrificio imposto al singolo per esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria deve essere minimo e proporzionato e non può oltrepassare mai la soglia della dignità umana. E' vero, la Cassazione non prende posizione sulle tesi dell'amministrazione penitenziaria per le quali il prelievo andava negato perché il figlio non poteva essere educato attivamente dal padre. Ma poco importa: quello che conta è la dignità umana. Nel caso del 2008 la moglie era sterile, non di meno di meno, un anno dopo, sempre la Cassazione ha ammesso il ricorso alla PMA anche da parte di un detenuto (al carcere duro) affetto da malattie virali con elevato rischio di trasmissione al partner o al feto, nel caso epatite C.

Questi sono diritti dell'altro mondo, se estesi ai detenuti, oppure, spettano ad essi senza particolari problemi di ordine teorico, se si parte dal presupposto che la dignità umana spetta a tutti gli esseri umani, indipendentemente dall'essere ristretti o meno in un carcere? La risposta è di continuo scritta dai giudici (Corte costituzionale in *primi*, ma anche *in duetto* con la Corte EDU, senza dimenticare il ruolo sempre più importanti del giudice della sorveglianza), nell'attesa che la cultura penalistica costituzionale della classe politica faccia un deciso passo in avanti.

Davide Galliani, 12 giugno 2014