

Le “zone d’ombra” dei diritti sociali: la tutela della dignità delle persone detenute fra strumenti di *soft law* e discrezionalità amministrativa

SOMMARIO: 1. Le regole che restringono i detenuti: un quadro di insieme. – 2. La salute delle persone recluse, fra diritto individuale e diritti collettivi. – 3. La “rieducazione” attraverso l’istruzione: quale spazio per i detenuti? – 4. Il lavoro detenuto. – 5. L’evoluzione della discrezionalità amministrativa e la tensione fra tutele costituzionali e regole tecniche: quale via per superare l’impasse? – 6. La discrezionalità e le zone d’ombra delle prassi.

1. Le regole che restringono i detenuti: un quadro di insieme

All’atto di reclusione in un istituto di pena – casa circondariale, carcere giudiziario o minorile – la persona vede attenuati una serie di diritti e libertà in nome della sicurezza, dell’ordine interno, delle esigenze della vita carceraria e della sicurezza della sua popolazione.

Il limite alla compressione della sfera giuridica delle persone recluse va individuato nella necessaria tutela della dignità individuale che non ammette un totale disconoscimento del principio personalista fatto proprio dalla Costituzione.

In discontinuità con un passato che intendeva la pena esclusivamente quale strumento retributivo ed afflittivo¹, infatti, la Carta costi-

* Dottore di ricerca in diritto pubblico, Università di Bergamo. L’autrice desidera ringraziare sentitamente Fabio Canavesi per l’attenta rilettura del presente lavoro e per i preziosi suggerimenti e spunti di riflessione offerti.

¹ V. R.D. 787 del 1931. V. A.M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità dell’uomo. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 20 ss.

tuzionale afferma il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e l'obiettivo della rieducazione della persona reclusa (art. 27 Cost., co. 3).

Pertanto, è certo che la condizione di detenuto non fa venir meno la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), né attenua l'agire dell'uguaglianza e della pari dignità riconosciute a prescindere da qualsiasi condizione personale, nonché l'obbligo della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di fatto che impediscono l'uguaglianza (art. 3 Cost.).

Sia pure nel rispetto delle condizioni dettate dalle esigenze del caso, queste affermazioni rappresentano punti fermi nell'architettura costituzionale che, consapevole della delicatezza della questione, prevede espressamente l'invulnerabilità della libertà personale e sanzioni per le violenze fisiche o morali verso le persone ristrette (art. 13 Cost.).

Alle disposizioni costituzionali si affianca una normativa di rango primario, la legge nr. 354 del 1975 di riforma dell'ordinamento penitenziario, che ha tracciato una linea di discontinuità con il passato², caratterizzato da un'idea del carcere come luogo impermeabile e isolato dalla società libera e del condannato come persona collocata in una situazione di soggezione nei confronti del titolare della potestà punitiva.

Una serie di strumenti di diritto sovranazionale ricordano che il regime di detenzione non deve aggravare le sofferenze della persona reclusa, posto che la privazione della libertà costituisce già in sé una punizione³.

Tuttavia, come verrà argomentato, nel "mondo recluso", il sistema delle fonti e la sua astrattezza vengono messe alla prova, quasi "ribaltate", assumendo le prassi, prima ancora che la consuetudine, un ruolo sovrano.

² M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, in AA.VV., *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Mimesis, Milano 2012, p. 59, che richiama il lavoro di G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino 1995, pp. 43 ss.; S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Ediesse, Roma 2013; F. FIORENTIN, *I detenuti*, in AA.VV., *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, a cura di P. Cendon - S. Rossi, II, Aracne, Roma 2013, pp. 665-728.

³ V. ad esempio, Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri, Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee (art. 102, co. 2).

Partendo da simile quadro complessivo, il tema dei diritti sociali si presenta come particolarmente interessante, in quanto rappresenta il punto in cui l'astratta nozione di pari dignità sociale riconosciuta e garantita in Costituzione si concreta.

2. La salute delle persone recluse, fra diritto individuale e diritti collettivi

Il tema della salute all'interno delle carceri chiede una verifica circa l'ampiezza nella tutela di un diritto costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost. anche (e anzi forse soprattutto) alle persone recluse, rispetto ai limiti astrattamente imponibili in nome dell'ordine interno, della sicurezza, dell'interesse della comunità carceraria, della salute del detenuto stesso e, non da ultimo, di ragioni finanziarie.

Con l'introduzione della riforma dell'ordinamento penitenziario, a partire dal 1975 – non a caso definito l'anno zero in materia⁴ – la figura del detenuto è collocata al centro dell'ordinamento penitenziario⁵, non più in una posizione subordinata rispetto all'amministrazione, anche nell'ambito della salute.

La normativa prevede l'erogazione di servizi sanitari analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi⁶ e il riconoscimento di un servizio medico e farmaceutico adeguato alle esigenze di prevenzione, profilassi e cura⁷; è prevista la possibilità del "trasferimento" del detenuto in ospedali civili o in altri luoghi, su indicazione del magistrato di sorveglianza qualora siano necessarie cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi interni⁸.

Nella prassi, indipendentemente dalle richieste e dalla loro necessità, all'ingresso in istituto e successivamente a intervalli regolari, i de-

⁴ M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, cit., p. 60.

⁵ Art. 1, co. 1, O.P. Nella prassi, il previsto «trattamento individualizzato» si trasforma spesso in rigide classificazioni e in "circuiti differenziati" che negano ad una serie di "categorie" di detenuti una possibile evoluzione trattamentale e l'accesso a quei diritti fondamentali su cui la Corte costituzionale ha più volte richiamato l'attenzione. V. ad es. art. 14 O.P. che nella rubrica parla di "categorie di detenuti".

⁶ Art. 1, co. 2, O.P.

⁷ Art. 11, co. 1, O.P.

⁸ Art. 11, co. 2, O.P.

tenuti sono sottoposti a visita medica generale⁹, con la possibilità di avvalersi, a proprie spese, di un sanitario di fiducia¹⁰.

A prescindere dalla propria situazione reddituale, è previsto l'esonero dalle spese sanitarie, dunque dal pagamento del ticket, e, in caso di cittadini stranieri, il mantenimento dell'iscrizione al S.S.N. per tutto il periodo della detenzione¹¹. Ogni A.S.L. deve adottare una «Carta dei servizi dei detenuti», da predisporre consultando gli stessi detenuti e le associazioni di volontariato per la tutela dei diritti dei cittadini¹².

Il rischio, confermato dalla prassi, di piegare l'intervento medico e farmacologico alle necessità della disciplina e della sicurezza dell'istituto¹³ viene stemperato da alcune previsioni; ad esempio, la visita obbligatoria all'ingresso in istituto è pensata al fine di «riscontrare che il soggetto non abbia subito lesioni o maltrattamenti nella fase della cattura e delle attività di polizia» o di «rilevare cause influenti ai fini del rinvio dell'esecuzione della pena»¹⁴. Anche l'isolamento per i detenuti sospettati o riconosciuti affetti da malattia contagiosa¹⁵ varrebbe ad assicurare il diritto alla salute inteso come interesse della collettività carceraria¹⁶.

La normativa configura dunque un vero e proprio «diritto a prestazioni sanitarie»¹⁷, riconoscendo che il diritto alla salute spetta ai detenuti e agli internati «alla pari dei cittadini in stato di libertà»¹⁸, per

⁹ Art. 11, co. 5, O.P.

¹⁰ Art. 11, co. 11, O.P.

¹¹ Se non provvisti, ne vengono dotati.

¹² Nel Lazio, il documento è stato redatto con l'apporto del garante dei detenuti, mentre in numerose altre realtà, non risulta l'adozione di simili «carte».

¹³ M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, cit. Ad esempio, i rapporti di molte associazioni riferiscono la prassi di sedare i detenuti per evitare o contenere problemi disciplinari.

¹⁴ M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, cit.

¹⁵ Art. 11, co. 7, O.P.

¹⁶ In primo luogo, l'isolamento è previsto come sanzione disciplinare, sotto stretto controllo medico e a seguito di una procedura rigorosa e complessa; per coloro che sono sottoposti ad indagini, è previsto per scopi investigativi, su indicazione dell'autorità giudiziaria. V. S. CARNEVALE, *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni intorno agli abusi sulle persone private della libertà*, in AA.VV., *Il delitto della pena*, a cura di F. Corleone - A. Pujiotto, Ediesse, Roma 2012, p. 211.

¹⁷ Art. 1, 1° co. d.lgs. n. 230 del 1999.

¹⁸ Il S.S.N. deve assicurare «livelli di prestazione analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi» (art. 1, 2° co., lett. a, d.lgs. n. 230 del 1999).

quanto riguarda la prevenzione, la diagnosi, la cura e la riabilitazione, l'assistenza sanitaria per la gravidanza e la maternità e l'assistenza pediatrica ai bambini che le donne recluse possono tenere in istituto durante la primissima infanzia.

Anche il rifiuto di cure e trattamenti sanitari rientra in quel «residuo»¹⁹ di libertà che il detenuto mantiene²⁰ e che si affievolisce soltanto laddove vi sia l'esigenza di non compromettere la salute della comunità carceraria²¹. Questo peraltro pone un elemento di potenziale conflitto con la previsione per cui o un determinato trattamento è legislativamente previsto come obbligatorio oppure, ai fini del suo compimento, è comunque necessario il consenso dell'interessato²².

Il criterio-guida generale dovrebbe dunque essere quello per cui va primariamente assicurata la tutela del "bene-salute" che, in quanto inteso anche nella dimensione collettiva, potrebbe certamente implicare limitazioni alla libertà del singolo.

Eccezion fatta per questa ipotesi, non dovrebbe legittimarsi alcuna limitazione fondata su generiche e non dimostrate "esigenze di sicurezza" che, al più, potrebbero incidere sulle modalità del trattamento sanitario ma non sulla sua concreta fruizione, nei termini di valutazione della proporzionalità²³.

La questione della salute della persona reclusa viene in causa anche rispetto alla determinazione delle situazioni di incompatibilità con la detenzione²⁴, che possono determinare il rinvio dell'esecuzione della pena da parte del tribunale di sorveglianza²⁵.

¹⁹ Corte cost. 349/93: «la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona» in quanto «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale».

²⁰ È di interesse il caso dello "sciopero della fame", ossia del rifiuto ad assumere cibo, spesso sanzionato in via disciplinare (quasi si trattasse di una sorta di disobbedienza agli ordini impartiti), con l'effetto di compromettere l'evoluzione trattamentale cui è connessa la concessione dei benefici penitenziari (permessi, ad esempio).

²¹ Come confermato dalla Corte costituzionale nelle pronunce nr. 258/94 e 399/1996.

²² M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, cit.

²³ C. COLAPIETRO, *Divieti di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. La condizione dei carcerati*, in AA.VV., *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Giappichelli, Torino 2006, p. 264.

²⁴ V. le pronunce Corte cost. 438 e 439 del 1995 circa l'allontanamento dalle carceri di persone malate di Aids, al fine di non arrecare pregiudizio agli altri detenuti. V. C. FIORIO,

In termini generali, il tema impone altresì un richiamo al diritto ad un ambiente salubre, oggetto di numerose disposizioni europee, ad esempio rispetto ad un necessario spazio minimo vitale²⁶. A livello interno, sono previste alcune garanzie²⁷, che tuttavia la pratica spesso mostra di disattendere²⁸, tanto da indurre taluno a configurare il carcere come “aguzzino”²⁹.

A livello di strumenti di *soft law*, le Regole Penitenziarie Europee delineano un quadro di solida tutela e garanzia, ricogliendo il tema alla dignità dell'individuo³⁰, ma numerose sono anche le circolari emanate dalla Direzione generale degli istituti di prevenzione e pena

Salute del condannato e strumenti di tutela, in AA.VV., *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di A. Scalfati, Cedam, Padova 2004, pp. 87 ss.

²⁵ L'art. 147, 1° co., n. 2, c.p., prevede il rinvio facoltativo della pena nei confronti di chi si trova in condizione di grave infermità fisica. Il tribunale di sorveglianza competente deve accertare l'incompatibilità con il regime detentivo ordinario tenendo conto di una serie di fattori documentati nella relazione sanitaria del personale specialistico e nella perizia medico-legale, tra cui l'entità della patologia e la possibilità di giovare di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono apprestati nelle istituzioni mediche esistenti presso il carcere.

²⁶ Raccomandazione, R (2006)2, parte II, in cui si fa riferimento all'*obbligo* per le amministrazioni penitenziarie di alloggiare i detenuti in celle singole, salvo casi particolari; sono altresì presenti indicazioni precise circa l'ampiezza, l'areazione, l'illuminazione, le condizioni igieniche. Come ricorda A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3, lo spazio minimo vitale ha visto una progressiva erosione.

²⁷ Ad es. è assicurata la differenziazione tra locali di soggiorno e di pernottamento (non rispettata nella prassi) (artt. 5 e 6 O.P.), richiesta una qualità degli ambienti e strutture che ospitano i detenuti, salvaguardata la salute del detenuto e contenute le cause che potrebbero determinare il crearsi di un ambiente insalubre (attraverso regole sul vestiario e sul corredo da fornire a ciascun detenuto, su cui v. art. 7 O.P., ma anche sull'uso dei servizi igienici e sulle forniture di oggetti necessari alla pulizia personale, su cui v. art. 8 O.P.); vengono poi normate le caratteristiche dell'alimentazione e la somministrazione del vitto (art. 9 O.P.) e, da ultimo, la permanenza all'aria aperta per un determinato tempo giornaliero (art. 10 O.P.).

²⁸ Si vedano i numerosi report delle Associazioni, tra cui ad esempio, Antigone. *www.associazioneantigone.it*. Le prassi ivi attestate segnalano che in molti istituti viene limitato l'accesso anche di prodotti necessari per la pulizia personale e disattesa, per carenza di personale, la regola circa la permanenza all'aria aperta delle persone recluse.

²⁹ S. CARNEVALE, *op. cit.*, p. 209.

³⁰ V. Raccomandazione, R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, su cui v. M. TIRELLI, *La tutela della dignità del detenuto nelle Regole Penitenziarie Europee*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, vol. III, La Tribuna, Piacenza 2010, pp. 99-124, in particolare 111-112. Per la tutela della salute, v. in particolare la parte III della Raccomandazione.

che riguardano anche la gestione concreta della salute della persona reclusa³¹.

L'affermazione del principio generale che, tanto a livello interno, quanto sovranazionale, tutela l'integrità psico-fisica del detenuto e il suo diritto ad un ambiente salubre si scontra con la situazione di fatto che vede quasi una ufficializzazione dell'illegalità posta in atto dallo Stato.

La sistematica non applicazione o manipolazione delle norme³² e la legalizzazione di una prassi da più parti considerata ai limiti della legittimità producono l'effetto di normalizzare la situazione di critico sovraffollamento delle carceri italiane (e di costante compromissione della dignità umana). Anche se lo Stato italiano si è a lungo mostrato sordo ai richiami da più parti provenienti³³ e alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁴, di recente è stato approvato un testo normativo³⁵ teso al superamento della situazione critica, stigmatizzata

³¹ C. FIORIO, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit.

³² F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, II, Milano 1977, p. 1227.

³³ Si veda la posizione del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, pubblicata in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO, *Il delitto della pena*, cit., pp. 253 ss.

³⁴ Da anni, le condizioni carcerarie sono oggetto di critiche da parte del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Anche la Corte Edu ha qualificato il trattamento italiano come inumano e degradante (Cedu, 16 luglio 2009 - Ricorso n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*; ma di recente, Cedu, 8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*, con nota di F. RIMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1187 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di 1 anno*, in www.penalecontemporaneo.it, del 9 gennaio 2013; P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 161 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 11 ss.; M. MONTAGNA, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in www.federalismi.it del 17 maggio del 2013). Nel libro verde della Commissione europea sulle condizioni detentive dei paesi membri, l'Italia è seconda solo alla Bulgaria per tasso di sovraffollamento. Quanto alla giurisprudenza, v. Mag. Sorv. Lecce, 17 settembre 2009, www.personaedanno.it, che ha riconosciuto un risarcimento del danno per detenzione contraria al senso di umanità.

³⁵ V. il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10, su cui v. A. Di Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it. In precedenza, v. d.l. 78/2013, conv. con l. 94/2013.

peraltro anche dalla Corte costituzionale³⁶. Sull'approvazione di simile testo, ha indubbiamente pesato l'imminente scadenza del termine indicato – dalla Corte Edu nella sentenza Torreggiani (28 maggio 2014) – per individuare rimedi preventivi e compensativi volti a riparare le ripetute violazioni dell'art. 3 Cedu quanto alla detenzione in condizioni di sovraffollamento.

Al di là delle implicazioni di carattere teorico circa il senso di umanità della pena e il divieto di trattamenti inumani e degradanti, la statistica conferma che numerose sono le patologie contratte a causa delle condizioni detentive³⁷.

In aggiunta, il sovraffollamento ridonda i propri effetti ben al di là della questione degli spazi fisici in cui si scontano le pene. Esso, infatti, mette criticamente in luce l'incapacità del sistema di fare fronte ad una presenza molto più numerosa di quanto previsto (e consentito) in chiave di garanzia di servizi sanitari (di cura e prevenzione) adeguati.

Il tema della salute pone altresì in evidenza lo slittamento fra il chiaro quadro normativo di tutela e garanzia della persona reclusa e le prassi ampiamente invalse che scalfiscono la posizione del singolo³⁸. La realtà infatti restituisce frequenti casi di omissioni di cure e attività di prevenzione, con vistosi scostamenti dalle previsioni normative³⁹.

A questa situazione di conflitto non è riuscito a porre rimedio il trasferimento delle funzioni al Sistema sanitario nazionale, peraltro

³⁶ V. Corte cost. 22 novembre 2013, n. 279, con nota di A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, cit.; A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.giurcost.it; E. Malfatti, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in www.giurcost.it; R. BASILE, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale*, in www.giurcost.it. Sulle ordinanze di remissione, v. G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 428 ss.

³⁷ Si tratta in gran parte di patologie di natura psichica e psichiatrica; i dati del DAP, raccolti tra il 2004 e il 2005, per quanto approssimativi, mostrano una condizione di salute buona per il 20% dei detenuti, mediocre e/o scadente per il 75%, con una sensibile distanza rispetto alla salute delle persone libere.

³⁸ C. FIORIO, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., p. 70, mette in luce l'informalità dei procedimenti previsti a tutela del diritto alla salute della persona reclusa.

³⁹ Ad esempio, il regime dell'isolamento viene "piegato" a finalità estranee alla previsione normativa e utilizzato «per indebolire la vittima, occultare prove, agire indisturbati sul corpo del detenuto». S. CARNEVALE, *op. cit.*, p. 211.

non ancora compiutamente realizzato⁴⁰, lasciando così ampi spazi all’azione delle prassi giustificate dal rispetto di criteri astratti difficilmente accessibili e intellegibili.

3. La “rieducazione” attraverso l’istruzione: quale spazio per i detenuti?

L’istruzione rappresenta un punto chiave nell’ottica di dare concretezza al principio costituzionale per cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato⁴¹, mettendo alla prova la tenuta delle regole previste (e la loro applicazione pratica) e l’obiettivo di risocializzazione e reinserimento sociale della persona in stato di detenzione⁴².

Nell’accesso a percorsi di formazione emerge una sorta di gerarchia in cui è data priorità ai corsi della scuola dell’obbligo e di addestramento professionale⁴³, mentre per l’istruzione secondaria e universitaria l’ordinamento si limita ad un generale *favor*⁴⁴. Altre norme mirano a incentivare l’istruzione, ad esempio evitando il trasferimento dei detenuti studenti o prevedendo la possibilità di chiedere l’esonero dall’attività lavorativa⁴⁵.

Tra gli strumenti di livello sovranazionale, le Regole Penitenziarie Europee riconoscono una rinnovata importanza al tema, quale elemento di effettiva risocializzazione⁴⁶.

⁴⁰ Anche in questo caso, si rinvia ai rapporti dell’associazione Antigone, www.associazioneantigone.it; v. anche E. Di Somma, *Le dinamiche multilivello dell’amministrazione della medicina penitenziaria nei più recenti provvedimenti di riforma* e E. Davoli, *La problematica gestione della salute del detenuto*, entrambi in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, op. cit., 67 ss.

⁴¹ Circa la valenza di questo principio, v. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l’ergastolo è incostituzionale*, in AA.VV., *Il delitto della pena*, a cura di F. Corleone - A. Pugiotto, Ediesse, Roma 2012, p. 121.

⁴² Art. 15 O.P.

⁴³ Art. 19 O.P.

⁴⁴ Per i corsi di istruzione secondaria, è stabilito che “possono” essere organizzati mentre quelli universitari “devono” essere agevolati.

⁴⁵ Artt. 41 ss. Reg. Es.

⁴⁶ V. Raccomandazione, R (2006)2 M. Tirelli, *cit.*, in particolare 108-110, relativamente alla Regola 25.1-4.

Accanto all'azione delle norme interne e sovranazionali, un ampio spazio è riconosciuto alle prassi che consentono di superare i limiti derivanti da ragioni organizzative o logistiche: ad esempio, l'indisponibilità dei corsi che il detenuto intende seguire presso l'istituto in cui è recluso può, in ipotesi, essere superata riconoscendo la possibilità del trasferimento presso una sede che prevede il percorso di studio prescelto, previo nulla osta del Direttore del carcere che decide in via autonoma e sostanzialmente discrezionale.

Tuttavia, va ammesso che raramente la destinazione ad un istituto viene guidata da esigenze trattamentali⁴⁷, piuttosto piegandosi a finalità punitive o para-disciplinari, rese opache dall'indeterminatezza di clausole che, di fatto, configurano un potere quasi assoluto del vertice dell'amministrazione penitenziaria⁴⁸.

L'assenza di motivazione dei provvedimenti impedisce peraltro l'intervento del magistrato di sorveglianza che può attivarsi soltanto a seguito di un reclamo⁴⁹.

La scarsità di risorse (umane e finanziarie) adeguate e di spazi, anche fisici, per organizzare attività volte alla risocializzazione e alla rieducazione si accompagna all'offuscato confine fra discrezionalità e arbitrio da parte dell'autorità cui è chiesto di decidere sul piano trattamentale della persona reclusa. Simile aspetto emerge criticamente

⁴⁷ Analogamente, le prassi segnalano come sia frequente il trasferimento di detenuti studenti in sedi distanti dai luoghi di frequenza dei corsi prescelti, senza considerazione adeguata circa il diritto all'istruzione della persona interessata.

⁴⁸ S. CARNEVALE, *op. cit.*, 202.; C. BENELLI, *Coltivare percorsi formativi. La sfida dell'emancipazione in carcere*, Liguori, Napoli 2013.

⁴⁹ Si tratta del cd. "reclamo generico" che prevede la possibilità per il detenuto di rivolgere istanze al magistrato di sorveglianza (e alle altre autorità previste dalla norma) avviando un procedimento *de plano* (senza formalità processuali, né contraddittorio), privo delle caratteristiche della giurisdizione (art. 35 O.P.). Di recente (con l. 10/2014, che ha convertito il d.l. 146/2013), è stato introdotto il reclamo giurisdizionale, sinora privo di riconoscimento normativo, ma presente nella prassi (art. 35-*bis* O.P.). Rinviano all'art. 69 O.P., prevede la possibilità di reclamo avverso provvedimenti di natura disciplinare (art. 69, co. 6, lett. a) e qualora l'amministrazione penitenziaria si mostri inadempiente rispetto a disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal regolamento, con pregiudizio attuale e grave all'esercizio dei diritti del detenuto. Il reclamo deve essere trattato dal magistrato di sorveglianza con il procedimento di sorveglianza (*ex artt. 666-678*) che, tra quelli propri della magistratura di sorveglianza, è il più articolato e caratterizzato dalla garanzia dei diritti della difesa.

nelle prassi che descrivono un quadro di ineffettività dei principi costituzionali in materia di pena, anche a causa del sovraffollamento.

In particolare su quest'ultimo punto, occorre ribadire le medesime considerazioni proposte in tema di salute, posta l'ovvia difficoltà del sistema nel fare fronte a esigenze formative e di istruzione di una popolazione reclusa numericamente molto superiore a quanto previsto dalla capienza regolamentare.

4. Il lavoro detenuto

Anche il tema del lavoro⁵⁰ si presenta come di particolare interesse in quanto indicato quale parte essenziale del trattamento penitenziario⁵¹, volto alla rieducazione e al reinserimento sociale del detenuto, ma anche come "impegno" dell'amministrazione penitenziaria che deve assicurarlo, salvi i casi di impossibilità⁵².

Le prestazioni lavorative delle persone detenute possono rivolgersi verso l'amministrazione penitenziaria, per lo svolgimento delle mansioni necessarie al funzionamento di servizi interni quali mensa, manutenzione, pulizie dello stabile e di quanto in uso ai detenuti (biancheria, ad esempio) o esternamente⁵³.

Resta però da chiarire come i diritti previsti in Costituzione (artt. 35-37) e nella legislazione ordinaria – ferie e riposi, retribuzione, durata della giornata lavorativa, indennità di disoccupazione, tutele previdenziali – si atteggiino rispetto alla condizione di persona reclusa che certamente presenta alcune particolarità.

La conflittualità della questione è ben espressa dal vigore con cui si è espressa la Corte costituzionale, ad esempio, in tema di retribuzione per il lavoro svolto internamente al carcere: la declaratoria di infondatezza si è accompagnata all'affermazione per cui una remunerazione di gran lunga inferiore alla normalità sarebbe diseducativa e contro-

⁵⁰ AA.VV., *Il lavoro nel carcere che cambia*, a cura di V. Giannello - A. Mercurio - G. Quattrocchi, FrancoAngeli, Milano 2013.

⁵¹ Art. 20, co. 3, O.P.

⁵² Art. 15, co. 2, O.P.

⁵³ Nel primo caso, il compenso è definito "mercede", mentre nel secondo è definito "remunerazione". Sul punto, v. Corte cost. 103/1984, 1087/1988.

produttore⁵⁴. Ne risulta così rafforzato il dubbio di compatibilità rispetto al principio dell'equa retribuzione, ex art. 36, co. 1, Cost., posto che i diritti del detenuto lavoratore non possono essere pretermessi e deragliare dai binari tracciati dalle coordinate costituzionali⁵⁵.

Anche rispetto al diritto alle ferie, la Consulta ha affermato la pienezza della posizione soggettiva della persona reclusa, in quanto periodo finalizzato a reintegrare le energie psico-fisiche, sia pure con una differenza, quanto alle modalità, rispetto alle persone libere, tale da assicurarne la compatibilità con lo stato di detenzione⁵⁶.

Passando al quadro di diritto sovranazionale di *soft law*, sono stati soppressi alcuni limiti (ad esempio, quanto al lavoro delle persone in attesa di giudizio) e configurato un obbligo dell'amministrazione ad impegnarsi nel procurare opportunità numericamente adeguate alla popolazione reclusa⁵⁷.

Sebbene il quadro sovranazionale e costituzionale (nonché le interpretazioni della Consulta) sembri drasticamente orientato nell'offrire una garanzia assai ampia ai diritti dei detenuti lavoratori, alcuni aspetti minano alla radice l'effettività delle importanti affermazioni di principio.

L'ampio spazio riconosciuto dalla Costituzione e dalla legislazione alla tutela e promozione dei diritti sociali, nel caso specifico attraverso la predeterminazione *ex lege* di criteri certi⁵⁸, si accompagna ad un forse ancora più ampio spazio riconosciuto alle prassi in cui è la discrezionalità amministrativa a prevalere e in cui il carattere di "potere vincolato" della pubblica amministrazione risulta smussato: si pensi all'ammissibilità di un detenuto al lavoro esterno, alla verifica della coerenza della mansione da svolgere rispetto al piano trattamentale assegnato, alla stessa scelta della tipologia del lavoro interno da assegnare al detenuto, al luogo e alle condizioni in cui esso viene svolto, nel caso di prestazioni a favore dell'amministrazione penitenziaria. In

⁵⁴ Corte cost. 1087/1988.

⁵⁵ M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002, p. 177; M. RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Giappichelli, Torino 2006.

⁵⁶ Corte cost. 158/2001, v. C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁷ V. Raccomandazione, R (2006)2 M. Tirelli, *cit.*, in particolare pp. 109-110, relativamente alle Regole 26.1-17, 26.2 e 26.9.

⁵⁸ Ad es. l'art. 20 O.P., co. 6 (ma v. anche l'art. 49), fissa i criteri per procedere all'assegnazione dei soggetti al lavoro.

quest’ultimo caso, ad esempio, la normativa prevede la creazione di una graduatoria che dovrebbe garantire la turnazione e dunque la possibilità per tutti i detenuti di accedere ad un’occupazione in grado di offrire un reddito con cui fare fronte ai bisogni interni al carcere⁵⁹.

Spesso le amministrazioni penitenziarie elaborano sistemi alternativi di accesso al lavoro che, ferma restando la garanzia di turnazione dei detenuti-lavoratori rispetto alle mansioni fungibili, hanno mostrato una maggiore efficacia; questo però non scioglie i dubbi circa i limiti astrattamente riconosciuti alla discrezionalità da parte della amministrazione penitenziaria che, di fatto, possono sconfinare nell’arbitrio.

Per quanto riguarda l’accesso al lavoro esterno – che è una modalità di esecuzione della pena, non un beneficio di legge – spetta al magistrato di sorveglianza il nulla osta emesso sulla base di un programma disposto dal direttore del carcere, secondo il caso concreto⁶⁰.

Anche in questo caso, non sono però individuabili i limiti alla discrezionalità da parte dell’amministrazione penitenziaria che ammette il diniego del nulla osta (o la mancata risposta ad una istanza), in assenza di una motivazione concretamente verificabile e peraltro senza possibilità di appello⁶¹.

A livello di competenza, è da segnalare criticamente l’individuazione nella magistratura di sorveglianza dell’autorità giudiziaria di riferimento⁶², nonostante quanto affermato dalla Corte costituzionale⁶³: questa scelta appare derogatoria e *in peius* rispetto al procedimento giuslavoristico certamente dotato di maggiori garanzie⁶⁴: l’assenza di

⁵⁹ Per il cd. “sopravvitto”. Infatti, l’amministrazione penitenziaria garantisce alle persone recluse il vitto, non tuttavia quanto necessario per l’igiene personale, cui i detenuti devono provvedere personalmente. Nel caso di persone non abbienti, la questione del mancato lavoro si pone come particolarmente problematica, così come per le persone recluse che non hanno familiari in grado di provvedere ai loro bisogni.

⁶⁰ F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 35 ss.

⁶¹ Il meccanismo di ricorso alla magistratura di sorveglianza appare infatti offuscato dalla prassi che spesso vede non giungere tempestivamente i reclami presso gli uffici a ciò deputati.

⁶² Cass. 490/1999; 594/1999 e 26/2001.

⁶³ Corte cost. 341/2006.

⁶⁴ È infatti comunque possibile il reclamo al magistrato di sorveglianza, *ex art.* 69, co. 6, O.P., il cui esito è un’ordinanza impugnabile solo per Cassazione.

Un ulteriore nodo problematico era rappresentato dalla vincolatività dell’ordinanza del magistrato di sorveglianza per l’amministrazione penitenziaria, posto che il suo potere era segnalato come mero impulso nei confronti del direttore dell’istituto. La Corte costituzionale, in

pubblicità, la non partecipazione del reclamante (detenuto) e del contraddittore (Ministero della giustizia) spunta in partenza le armi in chiave di effettività, sottintendendo un inquadramento delle questioni più verso la disciplina penitenziaria che non verso quella di diritti dei lavoratori⁶⁵.

A margine, va ribadito anche in questo ambito l'impatto negativo della questione del sovraffollamento che rende di fatto impossibile garantire a tutti i detenuti l'accesso al lavoro, soprattutto a fronte della costante contrazione delle risorse a ciò destinate⁶⁶.

5. L'evoluzione della discrezionalità amministrativa e la tensione fra tutele costituzionali e regole tecniche: quale via per superare l'impasse?

Pur nella diversità dei temi, le analogie delle questioni evocate consentono una riflessione unitaria rispetto alla garanzia del godimento dei diritti sociali analizzati, ossia salute, istruzione, lavoro.

In generale, andrebbe garantito che tutti i diritti riconosciuti alla persona vengano assicurati ai detenuti, se non realmente e concretamente incompatibili con le esigenze della vita carceraria.

Tuttavia, a fronte di un quadro granitico a livello di principio, le numerose e profonde scalfitture restituite dalla prassi mettono in rilievo in senso critico l'assenza di confini fra discrezionalità e arbitrio.

sede di conflitto di attribuzione, aveva dichiarato che «le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art. 14 ter ord. pen., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria o di altre autorità» (Corte cost. 135/2013). Così aveva ritenuto anche la Corte di cassazione (41474/2013).

Peralto, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con l. 10/2014, è stato previsto un giudizio di ottemperanza da attivare in caso di mancata esecuzione del provvedimento, con la possibilità, se necessario, di nominare un commissario *ad acta*.

⁶⁵ Sul tema, v. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino 2002; AA.VV., *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di A. Scalfati, Cedam, Padova 2004.

⁶⁶ Nel 2006, i fondi ministeriali per il pagamento del lavoro carcerario erano pari a 7.000.000 di euro per una popolazione reclusa di circa 57.000 unità. Nel 2011, a fronte di una popolazione di circa 67.000 unità, vi è stato un taglio di circa un terzo.

La considerazione del caso concreto nell'accesso alle prestazioni sanitarie, a percorsi di istruzione e formazione, al lavoro, era stata pensata per rendere l'espiazione della pena realmente funzionale al "recupero" del reo, sulla base della sua concreta condizione e vicenda umana⁶⁷. Ma come mostrato dalla prassi, l'obiettivo di garantire flessibilità a fronte di situazioni profondamente differenti rischia di porre in secondo piano la necessità che i provvedimenti limitativi nella fruizione di diritti sociali siano motivati e che le motivazioni non vengano apoditticamente riportate, ma accertate e verificate nel concreto.

Se appare plausibile che la sospensione della libertà comporti la sottoposizione del detenuto a regole speciali che ne impongono una soggezione quasi completa all'amministrazione penitenziaria, meno convincente appare il riconoscimento di una subordinazione non soltanto alle regole ma anche a coloro che le fanno rispettare⁶⁸. Questo infatti convertirebbe il carcere da luogo «di riconciliazione con il diritto, di riaffermazione del diritto e di educazione al diritto»⁶⁹, a una zona di sospensione dello Stato di diritto.

La questione appare ulteriormente accentuata considerando che l'amministrazione penitenziaria si caratterizza come struttura burocratica, accentrata e centralizzata, verticistica⁷⁰, il cui operare ha mostrato di collocarsi ai limiti dell'orizzonte costituzionale della pena⁷¹.

Tuttavia, la «supremazia speciale»⁷² alla quale i detenuti, sia pure in virtù di proprie azioni, si trovano sottomessi, non dovrebbe far venir meno la verifica del grado di effettività assicurato ai diritti sociali che la Costituzione direttamente collega all'affermazione della pari dignità sociale⁷³.

⁶⁷ Sul punto G. COLOMBO, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Ponte alle Grazie, Firenze 2013; S. FERRARO, *La pena visibile (o della fine del carcere)*, Rubettino, Soveria Mannelli 2013.

⁶⁸ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, p. 355.

⁶⁹ S. CARNEVALE, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁰ G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. Pen.*, IX, Torino, 1995.

⁷¹ V. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 121.

⁷² M. ANIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1999, 1, p. 12.

⁷³ Si pensi, ad esempio, alla sostanziale inappellabilità delle decisioni del vertice dell'amministrazione penitenziaria, in conflitto con l'art. 113 Cost. secondo cui contro gli atti dell'amministrazione pubblica è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Su questo

Questo infatti disconoscerebbe la centralità della figura del detenuto – protagonista del trattamento in istituto, all'interno del quale deve poter svolgere la propria personalità, sia pure compatibilmente con la situazione di privazione della libertà personale – attorno a cui ruota l'esecuzione penitenziaria che *deve* tendere alla sua rieducazione⁷⁴.

Disconoscerebbe altresì le consolidate posizioni della Consulta, da sempre rigorosa nell'affermare che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»⁷⁵.

Da ultimo, simile approccio rifiuterebbe di individuare e codificare dei limiti all'uso legittimo del potere coercitivo dello stato, posto che i confini previsti dalla normativa penitenziaria delineano una trama in più punti sfaldata, con clausole indeterminate e flessibili che ammettono un'incisiva azione delle prassi e lo sconfinamento nell'arbitrio⁷⁶.

profilo, v. A. PENNISI, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di G. Bellantoni - D. Vigoni, vol. III, La Tribuna, Piacenza 2010, pp. 85-98.

⁷⁴ Peraltro, va ribadito che il trattamento previsto dall'ordinamento penitenziario (art. 1) ha una spiccata caratterizzazione individuale; questo aspetto tuttavia dovrebbe escludere differenziazioni lesive dei diritti di alcune "categorie" di detenuti, così come singolari e anomale considerazioni sulla singola personalità che potrebbero in ipotesi ammettere l'elusione e l'elisione dei diritti costituzionalmente garantiti.

⁷⁵ Corte cost. 26/99, con cui sono stati dichiarati parzialmente illegittimi gli artt. 35 e 69 O.P. nella parte in cui non prevedevano la possibilità per il detenuto di impugnare davanti ad un'autorità giurisdizionale un provvedimento dell'amministrazione penitenziaria lesivo dei propri diritti. La Corte aveva rinviato al legislatore il compito di colmare la lacuna, operazione giunta con considerevole ritardo, attraverso l'introduzione di un reclamo giurisdizionale (art. 35-bis O.P., ex d.l. 146/2013, conv. con l. 10/2014). V. A. DI BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁶ L'art. 41 O.P. ammette l'uso della forza solo quando sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, anche passiva, agli ordini impartiti. Ma i confini del "prevenire" e del "vincere la resistenza passiva" appaiono labili e fortemente connotati dal carattere subiettivo degli autori. Similmente, l'art. 53 c.p.

In aggiunta, a norme che configurano una sorta di “rete di sicurezza” per il pubblico ufficiale che fa uso della forza, non si accompagnano fattispecie *ad hoc* in caso di abusi della condizione di potere⁷⁷.

In chiave di superamento, un ruolo importante andrebbe riconosciuto agli organismi europei che potrebbero esercitare una forte pressione in questo senso⁷⁸, come già avvenuto in tema di sovraffollamento⁷⁹.

Altrettanto incisivo potrebbe essere il ruolo delle norme di *soft law*, codici di comportamento ad esempio, quali di recente, il Codice Etico per Operatori Penitenziari⁸⁰, non soltanto nella misura in cui punisce gli abusi nell’esecuzione delle mansioni assegnate, ma quale fonte di cambiamento “culturale” del modo di intendere la persona reclusa e nel garantire ad essa il rispetto dei diritti e delle libertà costituzionalmente previste.

6. La discrezionalità e le zone d’ombra delle prassi

La condizione giuridica e di vita delle persone detenute appare costellata da una serie di tutele offerte dalla Carta costituzionale, da norme di rango primario, ma anche (e anzi soprattutto) di strumenti di regolazione di *soft law*, prassi e consuetudini.

Com’è stato notato, si tratta di un terreno costituzionale sensibile, in quanto presidiato dal rapporto individuo-autorità che vede la persona privata della libertà in una situazione di «minorata difesa»⁸¹.

Sullo sfondo di un quadro normativo significativamente orientato ad affermare la centralità della persona e il suo primato in funzione

⁷⁷ V. S. CARNEVALE, *op. cit.*, p. 219 la quale stigmatizza la mancata introduzione del reato di tortura che ha «il sapore di una precisa volontà di non perseguire gli abusi perpetrati dalle forze di polizia».

⁷⁸ S. CARNEVALE, *op. cit.*, p. 219 che riporta il caso *Sarigiannis c. Italia* del 5 aprile 2011 (ricorso n. 14569/05) con cui la Corte di Strasburgo ha appurato la responsabilità di alcuni agenti per trattamenti inumani e degradanti perpetrati durante un controllo. La Corte Edu si è soffermata sui criteri di necessità e proporzione che l’uso legittimo della forza deve rispettare.

⁷⁹ V. nota 34.

⁸⁰ Si tratta di un documento la cui bozza è stata appena ultimata e in attesa dei pareri dalle parti interessate.

⁸¹ S. CARNEVALE, *op. cit.*, p. 210.

del percorso riabilitativo, è intuitivo riconoscere l'obiettivo dell'ampio spazio della discrezionalità amministrativa. Pensato per rispondere alle esigenze del caso concreto in funzione di un maggiore e più idoneo adattamento alla condizione e alla vicenda personale del detenuto, questo aspetto presenta in realtà alcune "zone d'ombra", sottraendosi alle forme di tutela e di garanzia usualmente previste.

La condizione dei detenuti vede così subordinare le pretese individuali ad esigenze spesso soltanto apoditticamente evocate a prescindere da qualsiasi giustificazione concreta e soprattutto dal riferimento al caso, con l'aggravio determinato dalla situazione di detenzione che indebolisce i soggetti interessati.

Lo stesso riferimento al caso concreto, previsto per consentire un'attenta valutazione della vicenda personale della persona detenuta, consente, paradossalmente, un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione penitenziaria (e analogamente alla magistratura di sorveglianza) che spesso mette a rischio il godimento dei diritti costituzionalmente riconosciuti come propri di ogni individuo.

Questa situazione rende particolarmente evidente la fragilità della condizione del detenuto in relazione alla fruizione di diritti sociali quali, in particolare, la salute, l'istruzione, il lavoro, ma sembrerebbe similmente profilarsi anche in altri ambiti (si pensi alla questione dell'affettività in carcere⁸² recentemente sottoposta al giudizio della Corte costituzionale⁸³).

Conclusivamente, va respinta con vigore la messa in discussione del principio per cui la realizzazione della personalità individuale della persona detenuta va garantita proprio in quanto funzionale al processo di rieducazione che la costituzione assegna alla pena, diversamente aprendo un varco ad un'azione afflittiva di dubbia compatibilità costituzionale.

⁸² S. TALINI, *Famiglia e carcere*, in www.gruppodipisa.it.

⁸³ Corte cost. 19.12.2012, n. 301, F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, p. 4726.