

Rivista N°: 3/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 06/08/2016

AUTORE: Marco Ruotolo *

TRA INTEGRAZIONE E MAIEUTICA: CORTE COSTITUZIONALE E DIRITTI DEI DETENUTI **

Sommario: 1. Premessa – 2. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale per la definizione di un concetto moderno di rieducazione – 3. I diritti dei detenuti, tra svolgimenti legislativi della Costituzione e interventi della giurisprudenza costituzionale – 4. Una breve conclusione: i limiti dell'approccio giurisprudenziale per la risoluzione dei problemi penitenziari e il fondamentale "criterio di orientamento" desumibile dalla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei detenuti

1. Premessa

Sono molto grato alla Corte costituzionale per l'invito a tenere questa relazione, che considero una tappa significativa nel mio percorso di studi condotto in chiave costituzionalistica sui temi dell'esecuzione penale. Un percorso che è iniziato proprio con il commento a un'importante decisione della Corte costituzionale riguardante la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti (**sent. n. 26 del 1999**)¹, per poi svilupparsi a più ampio raggio², ma sempre con un'attenzione particolare al contributo fondamentale della giurisprudenza costituzionale.

Pur rivolgendo a tale ultimo ambito la mia odierna attenzione, desidero ribadire anche in questa sede l'esigenza di *inquadrare l'apporto giurisprudenziale entro una trama complessa*, comprensiva del dato normativo e della sua concreta declinazione nella prassi, che meri-

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Roma Tre,

** Relazione al Convegno «Per i sessanta anni della Corte costituzionale», Roma, Palazzo del Quirinale – Palazzo della Consulta, 19 e 20 maggio 2016. La relazione è destinata alla pubblicazione negli Atti del Convegno, a cura della Corte costituzionale. Ringrazio il Presidente Prof. Paolo Grossi per averne consentito la pubblicazione anticipata nella *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

¹ M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1999, 203 ss.

² Il riferimento va, in particolare, ai miei libri *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, e *Dignità e carcere*, II ed. con prefazione di V. Onida, Napoli, 2014.

terebbe peraltro di essere collocata nel contesto di una più generale analisi *che coinvolga i problemi dell'amministrazione della giustizia e la valutazione della adeguatezza delle politiche sociali*, vero antidoto al crimine, reale strumento di prevenzione dei delitti³.

È un'esigenza che, per essere soddisfatta, richiede la conoscenza diretta delle problematiche penitenziarie, la cui maturazione impone di varcare le mura degli istituti di pena⁴ e di confrontarsi continuamente con gli operatori dell'esecuzione penale, privilegio che ho avuto in questi anni di studi e di docenza.

È un'esigenza che, se soddisfatta, permette di delineare quale possa essere l'*apporto del costituzionalista, chiamato a confrontarsi anche qui con questioni che lo occupano da sempre: il rapporto tra le fonti, il ruolo dell'interpretazione, lo iato tra riconoscimento e garanzia dei diritti, il ruolo dell'amministrazione nell'inveramento del dettato legislativo e costituzionale*. D'altra parte – come ha ben rilevato Valerio Onida – *in ambito penitenziario entrano prepotentemente in gioco i valori stessi del costituzionalismo*, sia perché «occupa un posto eminente e in un certo senso riassuntivo degli altri quello della dignità umana», sia perché «i reati e le pene restrittive della libertà personale, la loro giustificazione e previsione e la loro applicazione, sono aspetti dell'ordinamento oggetto forse più di ogni altro di disciplina, di limiti e di garanzie a livello costituzionale. Essi toccano infatti il cuore dei rapporti, che la Costituzione presidia, tra autorità e libertà, fra potere pubblico e soggetti – uomini e donne – che sono i destinatari ultimi del suo esercizio»⁵.

A venire in rilievo è, quasi sempre, il *problematico rapporto tra libertà e sicurezza*, declinato nei termini della *ricerca di un confine che consenta di definire fino a qual punto le esigenze di «ordine e sicurezza»* – sintagma ricorrente nella normativa e nella prassi penitenziarie – *possano giustificare limitazioni all'esercizio dei diritti dei detenuti*. Per farlo occorre dominare i “pre-giudizi” che spesso contaminano la lettura del sintagma in esame in direzioni diametralmente opposte: da un lato se ne esaltano le ragioni, considerandole, di fatto, idonee a mettere in dubbio la titolarità stessa di molti diritti in capo ai detenuti piuttosto che a giustificarne solo puntuali limitazioni nell'esercizio; dall'altro, se ne svaluta completamente la

³ Nell'ambito degli interventi *lato sensu* sociali rientra a pieno titolo la promozione della cultura, considerata come strumento essenziale per la prevenzione dei delitti già da Cesare BECCARIA in *Dei delitti e delle pene* (1764). «Volete prevenire i delitti: fate che i lumi accompagnino le libertà» (XLII); e ancora: «il più sicuro ma più difficile mezzo per prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione» (XLV).

⁴ «Vedere! Questo è il punto essenziale», scriveva P. CALAMANDREI, *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, ne *Il Ponte*, 1949, V, 3, 228 ss., sottolineando come la «separatezza» del carcere non è solo dovuta all'inclusione del detenuto nella istituzione totale, ma anche all'esclusione del carcere dall'attenzione pubblica. Sul carcere come “istituzione totale” sono fondamentali i contributi di E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), tr. it. di Franca Basaglia, Torino, 1968, ora riedito da Edizioni di Comunità, Torino, 2001, specie 33 ss., 71 ss., e di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), tr. it. di A. Tarchetti, Torino, 1993, specie 251 ss.

⁵ V. ONIDA, *Prefazione* a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., XI (corsivi miei). Sul rapporto tra autorità e libertà, segnato nella Costituzione repubblicana dal «rovesciamento delle premesse statualistiche» e dall'assunzione della tutela della persona quale fine supremo dello Stato, sono assai note le riflessioni di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 301 ss., il quale peraltro sottolinea, nelle prime pagine del suo volume, come la libertà personale, per ragioni storiche, «finisce per essere, oltre che l'oggetto, il polo d'attrazione su cui far confluire i risultati di un'indagine che cerca di identificare il ruolo rispettivo dello Stato, dell'individuo e della stessa società nel nostro ordinamento» (p. 14).

portata, con un approccio “buonista” che tende a considerare il recluso più vittima del sistema che autore di un comportamento contrario al diritto, alle regole della convivenza⁶.

La *ricerca di un equilibrio* – si direbbe qui *di un ragionevole bilanciamento* – è più che mai fondamentale, come proprio la Corte costituzionale ha dimostrato con la sua ormai sessantennale giurisprudenza, orientata a *valorizzare il «residuo» di libertà che il detenuto «conserva»,* che è «tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁷. Con l'importante precisazione – sempre contenuta nella **sent. n. 349 del 1993** – per cui «*la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione*»⁸. In linea con quanto stabilito nella legge n. 354 del 1975 (recante l'Ordinamento penitenziario, d'ora in poi o.p.), che tra l'altro sancisce che *il detenuto è titolare di diritti e di aspettative* (art. 4), la Corte ha poi affermato 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*» (**sent. n. 26 del 1999**)⁹.

Si potrebbe dire che la Corte ha “preso sul serio”, traendone le dovute conseguenze, il senso profondo della frase che, per volere del direttore Manuel Montesinos, fu iscritta nel 1836 sull'ingresso del carcere di San Agustín a Valencia: «*La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda en la puerta*»¹⁰.

2. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale per la definizione di un concetto moderno di rieducazione

Le affermazioni giurisprudenziali prima richiamate s'innestano su *alcuni punti fermi* che vorrei porre come premesse (non sviluppate) di questo mio contributo: a) il *principio della massima espansione delle libertà*¹¹ *deve valere anche in carcere*, con la conseguenza che

⁶ Per qualche ulteriore considerazione rinvio a M. RUOTOLO, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2015.

⁷ Questo il passo integrale contenuto nella **sent. n. 349 del 1993**: «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».

⁸ In successive decisioni la Corte utilizzerà l'espressione «*residuo di libertà personale* di cui sono titolari i detenuti» (**sentt. n. 376 del 1997 e 526 del 2000**), che mi sembra meno precisa di quella originariamente impiegata nella **sent. n. 349 del 1993**.

⁹ Si veda già quanto affermato dalla Corte costituzionale nella **sent. n. 114 del 1979**: «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca». Si tratta di orientamento ribadito anche nella richiamata **sent. n. 349 del 1993**, nonché, più di recente e a titolo di esempio, nella **sent. n. 190 del 2010**.

¹⁰ Traduzione testuale: «La prigione riceve solo l'uomo. Il delitto resta fuori dalla porta». Ricorrente è in Italia l'analogia affermazione per cui «in carcere entra la persona e non il reato che ha commesso».

¹¹ Si tratta di un principio ricavato dalla lettura delle disposizioni costituzionali in tema di diritti operata da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41. L'intuizione di questa autorevole dottrina sembra aver trovato riscontro nella giurisprudenza costituzionale, specie nella **sent. n. 317 del 2009**, ispirata, in

non sono ammissibili limitazioni all'esercizio dei diritti che non siano puntualmente giustificate dalle esigenze proprie della vita detentiva (in particolare dalle esigenze di «ordine e sicurezza», strettamente intese); b) «ogni intervento legislativo o giurisdizionale che incide, anche in vista di una maggiore tutela, su un diritto fondamentale, deve essere valutato alla luce dell'effetto complessivo sull'intero sistema dei diritti che compone, sul piano sostanziale, il profilo giuridico della dignità umana»¹²; c) il principio del minor sacrificio necessario della libertà personale, tante volte evocato dalla Corte nella sua giurisprudenza¹³, impone di guardare al carcere come *extrema ratio*¹⁴, privilegiando pene a esso alternative, sia in vista di un più efficace percorso di risocializzazione, come i dati ampiamente dimostrano¹⁵, sia per assicurare maggiormente l'esigenza di un trattamento che non sia contrario al senso di umanità¹⁶ (non a caso l'art. 27, terzo comma, Cost., declina il termine «pena» al plurale¹⁷).

Ovviamente le premesse ora poste sono il frutto di un *processo giurisprudenziale graduale*, che s'innesta peraltro su una lettura evolutiva dello stesso concetto di rieducazio-

questo caso nella ricostruzione dei rapporti tra le tutele offerte dalla Costituzione e dalla CEDU, al principio della massima espansione dei diritti fondamentali intesi come sistema.

¹² G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 182 (corsivi miei), il quale, nell'applicare il principio della massima espansione dei diritti alla fase dell'esecuzione penale, si riferisce proprio alla citata **sent. n. 317 del 2009**. Osservazioni sintoniche, nello stesso volume, si trovano nei contributi di F. VIOLA, *I diritti in carcere*, 101, il quale ritiene che «il diritto-fine della libertà personale è ben più ampio della libertà di movimento e non può essere ridotto alla pura e semplice libertà come non impedimento fisico», e di M. PALMA, *Un'assunzione di responsabilità*, 139, ove afferma che «l'essere detenuto non limita la titolarità dei diritti che attingono alla persona in quanto tale, tranne ovviamente quello della libertà di movimento».

¹³ Si vedano, ad es., **sent. n. 299 del 2005** e, più di recente, **sentt. nn. 57 e 232 del 2013**.

¹⁴ Sulla più generale esigenza di minimizzazione della risposta penale si veda L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, 493 ss.; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2002; nonché, da ultimo, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 377, ove ribadisce la proposta di un «progetto di rifondazione della legalità penale» attraverso la restaurazione del «ruolo del diritto penale quale strumento costoso, utilizzabile solo come *extrema ratio* e finalizzato alla minimizzazione della violenza dei delitti come delle pene e alla tutela dei beni e dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti». Tale programma riformatore dovrebbe puntare, da un lato, «a una drastica depenalizzazione e a una radicale decarcerazione del sistema penale; dall'altro alla sua restituzione alla funzione di difesa dalle offese più gravi a tali beni e diritti». Nella dottrina penalistica, si vedano, tra i molti: G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 342 ss.; C. F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. Pen.*, 2001, 3585 ss.

¹⁵ Secondo le rilevazioni dell'Osservatorio delle misure alternative del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria risalenti al 2007, «la recidiva di chi resta tutto il tempo chiuso in prigione è tre volte superiore a quella di chi sconta la condanna con misure alternative alla detenzione: il 68, 5% nel primo caso, il 19% nel secondo».

¹⁶ «Il trattamento non contrario al senso di umanità deve caratterizzare oggettivamente il contenuto del singolo tipo di pena, indipendentemente dal tipo di reato per cui un certo tipo di pena viene specificamente comminato» (**sent. n. 104 del 1982**). Sul divieto di misure contrarie al senso di umanità si vedano, altresì, **sentt. nn. 165 e 351 del 1996, 376 del 1997**. Anche l'istituto della grazia è stato riguardato dalla Corte costituzionale come funzionale a garantire «soprattutto il «senso di umanità» cui devono ispirarsi tutte le pene», non senza trascurare «il profilo di «rieducazione» proprio della pena» (**sent. n. 200 del 2006**).

¹⁷ Su quest'aspetto ho insistito quasi sempre nei miei lavori riguardanti i temi penitenziari, sottolineando la necessità di superare l'equazione pena=carcere. Piuttosto che richiamare gli stessi, preferisco citare un recente lavoro, che sembra proprio ispirarsi a questa logica, di S. CECCHI – G. DI ROSA – T. E. EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Macerata, 2015.

ne¹⁸ e, più in generale, *sul progressivo assestamento della riflessione in ordine ai rapporti tra le diverse finalità delle pene*. Un assestamento reso complesso dalle stesse formule adoperate dal Costituente nell'art. 27, terzo comma, frutto, come noto, della precisa volontà di evitare di prendere parte nella polemica tra pena retributiva (idea propria della Scuola classica) e pena preventiva (idea propria della Scuola positiva)¹⁹. Tant'è vero che, nello spirito della non esclusiva adesione ai postulati di una delle due Scuole, il Comitato di redazione, nei lavori di coordinamento del testo finale, aderì alle indicazioni rivolte a posporre, rispetto all'originaria formulazione, l'ordine dei due concetti²⁰, per cui, nel testo vigente, il divieto dei trattamenti inumani precede l'esigenza rieducativa del condannato²¹.

Ma la "novità" implicata dalle affermazioni della finalità rieducativa e del principio di umanizzazione delle pene, inserite nel contesto di una trama costituzionale che si incentra sul primato della persona e dei suoi diritti, *non fu subito colta nel nostro ordinamento*. Ciò

¹⁸ Per una rassegna delle varianti linguistiche utilizzate nella giurisprudenza costituzionale per esprimere il concetto di rieducazione cfr. G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, 190 s.: «reinserimento nell'ordine sociale» (**sent. n. 168 del 1972**); «riadattamento alla vita sociale» (**sent. n. 204 del 1974**); «reinserimento nel contesto economico e sociale» (**sent. n. 126 del 1983**); «reinserimento nel corpo sociale» (**sent. n. 274 del 1983**); «reinserimento nella società» (**sentt. nn. 161 del 1997 e 450 del 1998**); «ravvedimento» o «recupero sociale» (**sent. n. 271 del 1998**); «acquisizione di valori fondamentali della vita sociale» (**sent. n. 138 del 2001**); «reinserimento nel consorzio civile» (**sent. n. 257 del 2006**); fino al forse più utilizzato concetto di «risocializzazione» (dalla **sent. n. 282 del 1989** alla più recente **sent. n. 239 del 2014**). Sembra esatto, al riguardo, il rilievo di S. MAGNANENSI – E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in www.cortecostituzionale.it, sezione «Documentazione/Studi e ricerche», Roma, 2008, per cui nella giurisprudenza costituzionale, «a prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società».

Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nella lettura della finalità rieducativa della pena si veda G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione all'incontro internazionale «Scambio di analisi e di esperienze tra le nostre Costituzioni e i principi penali», Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it (sezione «Incontri internazionali»).

¹⁹ Cfr. R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 264. Di là dalla propensione a favore della teoria dell'"emenda", appare fondamentale, per l'inquadramento in prospettiva storico-filosofica delle "dottrine" del diritto penale italiano, lo studio di U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, terza edizione riveduta e ampliata, Firenze, 1974.

²⁰ Come ricordato in V. FALZONE – F. PALERMO – F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 98 s., «l'ordine dei due concetti espressi nel terzo comma era invertito nel testo del progetto: "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"». Tale formula, tuttavia, destò i timori di chi non voleva un'adesione esclusiva da parte della Costituzione alla scuola positiva del diritto penale, tanto che gli onorevoli G. Leone e Bettiol proposero una formula alternativa: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano la rieducazione morale del condannato». A seguito di un lungo dibattito in Commissione, però, la maggioranza dell'Assemblea si pronunciò per la formula iniziale. Tuttavia, in fase di coordinamento finale, «il Comitato di redazione ritenne opportuno attenuare l'appartenenza positivista della dizione invertendo nel comma in esame l'ordine dei concetti».

²¹ Come ha rilevato F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, 727, di là dagli «estremismi interpretativi» dei retribuzionisti e dei positivisti – rivolti i primi a «neutralizzare» l'innovazione costituzionale riducendola a «mera enunciazione politico-programmatica o comunque relegando la rieducazione alla sola fase esecutivo-penitenziaria ed identificandola con la emenda», i secondi a esagerarne il significato, «ritenendo costituzionalizzate le istanze positivistiche della prevenzione speciale, con assegnazione alla pena del compito precipuo della risocializzazione e con il riconoscimento delle sanzioni penali indeterminate» – la pena sembra presentare, alla luce del dettato costituzionale, natura «retributivo-generalpreventiva», conservando «le note garantiste della retribuzione», essendo editualmente fissata in proporzione alla gravità del reato, ma rispondendo anche alle «eventuali esigenze specialpreventivo-risocializzative del soggetto», in funzione delle quali va determinata la pena concretamente applicabile.

anche in ragione del fatto che il *sistema normativo e amministrativo continuava a essere costruito attorno alla disciplina recata nel Regolamento degli istituti di prevenzione e pena del 1931* (R.D. 18 giugno 1931, n. 787), il quale senz'altro vedeva nelle privazioni e nelle sofferenze fisiche gli strumenti per «favorire l'educazione e il riconoscimento dell'errore e per determinare nel reo, attraverso il ravvedimento, un miglioramento personale»²².

Come ha scritto Guido Neppi Modona, si guardava al carcere come istituzione: a) *impermeabile e isolata dalla società libera*; b) *retta dalla violenza*, vera e propria regola di governo nei rapporti tra gli agenti e i detenuti; c) *caratterizzata dalla previsione di una «struttura burocratica rigidamente centralizzata e verticistica dell'amministrazione penitenziaria»*²³.

Il sistema penitenziario delineato dal Regolamento del 1931 si articolava in una serie di strumenti rivolti a ottenere, anche attraverso punizioni e privilegi, «un'adesione coatta alle regole e alla ideologia del trattamento e ad atomizzare i singoli detenuti»²⁴, con una costante violazione delle più elementari regole del rispetto della dignità della persona e quindi con preclusione della possibilità stessa di un percorso effettivamente «rieducativo»²⁵.

La svolta politico-culturale segnata dai sopravvenuti principi costituzionali non poteva trovare terreno fertile per attecchire in un contesto normativo che segnava la condizione del recluso nei termini della separazione-segregazione, finendo per privilegiare una *lettura restrittiva del principio della "rieducazione"*²⁶, il quale, d'altra parte, *si presta a diverse interpretazioni per l'ambiguità della sua stessa radice, che può essere docere ma anche ducere, condurre verso una meta*²⁷.

*Non deve troppo meravigliare, pertanto, che in una nota sentenza della Corte costituzionale della metà degli anni Sessanta (sent. n. 12 del 1966), la rieducazione fosse ancora riguardata come momento del «trattamento penale vero e proprio» e non come principio generale del sistema*²⁸. La radicale svolta giurisprudenziale avutasi nel **1990** con la **sent. n.**

²² G. DI GENNARO – R. BREDI – G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 3.

²³ G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995, 43 ss. Dello stesso Autore si vedano anche: *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V: *I documenti*, Torino, 1973, 1905 ss.; *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quad. Cost.*, 1976, 329 ss.; nonché, da ultimo, *Carcere e società civile. Una prospettiva storica*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2014. Cfr., altresì, E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, e C. G. DE VITO, *Camosci e girachia-vi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009.

²⁴ G. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Pol. Dir.*, 1973, 90.

²⁵ Come ha scritto G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti*, cit., 190 s., «non può esserci rieducazione [...] senza previo rispetto del limite invalicabile della dignità, alla luce del principio personalistico».

²⁶ Cfr. in argomento G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3*, cit., 273 ss.; M. D'AMICO, *Art. 27 Cost.*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 572 s.

²⁷ Come rilevato da F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1956, 1.

²⁸ Orientamento confermato anche nelle **sentt. nn. 22 del 1971, 167 del 1973, 119 del 1975** e, soprattutto, **264 del 1974**. In quest'ultima decisione si è ritenuta compatibile con la Costituzione la pena dell'ergastolo, anche in base al fatto che «funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile»; l'art. 27 Cost. «non ha proscritto la pena dell'ergastolo [...], quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole». Si vedano anche **sentt. nn. 48 del 1962, 67 del 1963, 124 del 1970 e 179 del 1973**.

313²⁹ – sulla quale tra poco mi soffermerò – *si situa non a caso in un momento successivo all'entrata in vigore della già citata legge n. 354 del 1975*³⁰. Una legge che si informa a principi opposti a quelli del Regolamento del 1931, ponendo *al centro del discorso sull'esecuzione della pena la figura del detenuto* e non più la dimensione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria con le esigenze di disciplina a essa connesse³¹. Un impianto che si fonda testualmente sui valori della umanità e della dignità della persona, sui principi di assoluta imparzialità e di pari condizioni di vita, in linea non solo con le prescrizioni dell'art. 27 Cost., ma anche – e ancor prima – con i principi-valori del riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.), della pari dignità sociale e dell'eguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.), nonché con i contenuti dei più importanti documenti internazionali sui diritti umani³².

Il solo fatto dell'entrata in vigore del nuovo ordinamento penitenziario non poteva comportare, naturalmente, l'automatica risoluzione dei problemi dovuti alla preesistente stratificazione normativa anticostituzionale, anche perché il lungo periodo di inattuazione dei richiamati principi-valori sanciti dalla Costituzione aveva favorito il maturare di una "cultura amministrativa" radicata sulle linee portanti della normativa del 1931³³.

²⁹ Di recente definita «pietra angolare» della giurisprudenza costituzionale sul finalismo penale da F. BALLO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 293.

³⁰ Anche se occorre ammettere che l'orientamento inaugurato con la **sent. n. 12 del 1966** aveva trovato qualche seguito pur dopo l'entrata in vigore della riforma penitenziaria del 1975 (**sentt. nn. 107 del 1980, 104 del 1982, 237 del 1984, ord. n. 23 del 1985**).

³¹ V. GREVI, sub art. 1, in V. GREVI – G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, II ed., Padova, 2000, 4 ss. Il concetto è ribadito anche a pagina 5 della V edizione dell'*Ordinamento penitenziario commentato*, ora a cura di F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, Padova, 2015, nel quale il commento all'art. 1 o.p. è a firma di Grevi, Della Casa e Giostra.

³² Oltre all'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 («nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamenti o a punizione crudeli, inumani o degradanti»), all'art. 3 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti») e alle specifiche *Regole penitenziarie europee* approvate nel gennaio 1973 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (e poi revisionate nel 1987 e nel 2006), i riferimenti più immediati sono: le *Regole Minime Standard per il trattamento dei detenuti*, adottate con la risoluzione del 30-VIII-1955, in occasione del primo Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti e approvate nel 1957 dal Consiglio economico e sociale (Risoluzione n. 663 C-XXIV del 31-VII-1957); il documento sul diritto di ogni uomo alla tutela contro l'arresto e la detenzione arbitrari (*Draft Principles*) adottato dall'ONU nel 1962; le previsioni contenute nel *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 (il cui art. 10, comma 3, sancisce che «il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale»). Successivamente alla legge n. 354 del 1975, occorre almeno richiamare: la *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli disumani o degradanti*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 e il *Protocollo opzionale alla Convenzione*, entrato in vigore il 22 giugno 2006; la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti*, adottata nel 1987 e istitutiva del Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumane o degradanti (CPT); le previsioni contenute nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* che dichiarano l'invulnerabilità della dignità umana (art. 1) e proibiscono la tortura e i trattamenti inumani o degradanti (art. 4); l'ultima versione delle *Regole Minime Standard per il trattamento dei detenuti* dell'ONU adottate il 17 dicembre 2015 e note con il nome di *Mandela Rules* (UN-Doc A/Res/70/175).

³³ Non a caso F. BRICOLA, *Introduzione*, in ID., *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977, 9 (riprodotto anche in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1227, e ora in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2015), avvertì subito dei rischi di una «effettività rinnegante», del realizzarsi cioè di una «illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme». «I sintomi di un'effettività "rinnegante" – scriveva Bricola – erano già latenti nel tessuto normativo e nelle contingenze storico-politiche che carat-

In questo contesto si inserisce la **sent. n. 313 del 1990**, che, come dicevo, si pone in netta antitesi rispetto alla precedente **sent. n. 12 del 1966**, la quale aveva marginalizzato il discorso sul finalismo rieducativo³⁴.

Nella **sent. n. 313 del 1990** si legge che nella pregressa giurisprudenza costituzionale si era giunti a riconoscere la *natura polifunzionale della pena*³⁵, identificandone le finalità essenziali in quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione e della difesa sociale, «trascurando il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa», «assunta in senso marginale o addirittura eventuale, e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario»³⁶. Il *ripensamento della Corte appare radicale* e può essere riassunto nelle seguenti affermazioni: a) «*in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena*»; b) la «*tendenza*» a rieducare è «*una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel*

terizzavano il momento della sua entrata in vigore. E infatti: varare una riforma dell'ordinamento penitenziario senza avere previamente risolto gli ardui temi della decriminalizzazione di vasti settori e della configurazione di sanzioni alternative alla pena detentiva e alla carcerazione preventiva, e cioè, senza avere preliminarmente riformato i codici penali (sostanziale e processuale), significava porre le premesse di un sovraffollamento delle carceri e, quindi, dell'esplosione di quelle contraddizioni che si sono poi clamorosamente delineate. E ancora: introdurre misure alternative alla pena detentiva (affidamento in prova ecc.) quale "fiore all'occhiello" della riforma, senza predisporre un apparato organizzativo, esterno al carcere, capace di avviare un reale processo di reinserimento sociale, non poteva non sospingere tali misure nell'ampio filone dell'indulgenza, lasciandole però in balia di improvvisi irrigidimenti legati al riaffiorare di tensioni nel tessuto sociale. E infine: la mancata attribuzione al detenuto di diritti a contenuto sociale e partecipativo si poneva già a priori come esclusione di ogni possibilità di crescita democratica e, quindi, di effettiva risocializzazione della popolazione carceraria».

Per un recente bilancio sulla riforma penitenziaria, a quarant'anni dalla sua approvazione, si veda il numero monografico di *Questione giustizia*, dal titolo *Al centesimo catenaccio. Quarant'anni di ordinamento penitenziario*, fasc. 2/2015, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it

³⁴ Aperture importanti nel senso della valorizzazione della finalità rieducativa potevano già trarsi dall'"isolata" **sent. n. 204 del 1974**, in tema di liberazione condizionale, poi dalla **sent. n. 50 del 1980**, in materia di pene fisse, dalla **sent. n. 274 del 1983**, sulla possibilità di concedere riduzioni di pena al condannato all'ergastolo, e, soprattutto, dalla nota **sent. n. 364 del 1988**, sulla scusabilità dell'ignoranza inevitabile della legge penale, nella quale il principio di colpevolezza era stato ancorato proprio alla finalità rieducativa (sul punto, più di recente, **sent. n. 322 del 2007**). Su questa giurisprudenza si veda, in particolare, M. D'AMICO, *Art. 27 Cost.*, cit., 574, la quale attribuisce particolare rilievo alla **sent. n. 50 del 1980**, che avrebbe contribuito alla «vera valorizzazione innovativa» del principio rieducativo.

³⁵ Sulla teoria polifunzionale della pena è d'obbligo il rinvio a G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1961), ora in ID., *Scritti giuridici*, I, tomo II, Milano, 1997, 1361 ss.

³⁶ Per comprendere le ragioni della "svolta" giurisprudenziale non va sottovalutata la possibile incidenza degli sviluppi teorici sul rapporto tra i vari scopi della pena. Come sottolineato da G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3*, cit., 332 ss., di pari passo con l'evoluzione delle riflessioni della dottrina penalistica, la Corte sembra dapprima accogliere (**sent. n. 12 del 1966**) un modello di polifunzionalità di tipo «eclettico o sincretistico-additivo» (la pena assolve più funzioni: afflittivo-retributiva, generalpreventiva, specialpreventiva e satisfattoria o di reintegrazione dell'ordine giuridico violato) per poi avvicinarsi (**sent. n. 313 del 1990**) a un modello di tipo «aditivo-dialettico» (prevalenza attribuita alla prospettiva della prevenzione, con il paradigma retributivo che si riduce a mera esigenza di *proporzione* tra pena da infliggere in concreto e grado di colpevolezza). Al principio di proporzione (pena proporzionata al disvalore del fatto commesso) s'ispirano diverse pronunce che assumono a parametro di costituzionalità l'art. 3, primo comma, Cost., nelle quali si riconosce che le valutazioni discrezionali del legislatore incontrano il limite della ragionevolezza (sulla cui incidenza nelle valutazioni sulla legislazione riguardante l'esecuzione penale torneremo in seguito). Assumendo a spartiacque la **sent. n. 313 del 1990**, si vedano: prima di essa, **sentt. nn. 26 del 1979, 72 del 1980, 103 del 1982, 49 del 1989, 409 del 1989**; immediatamente dopo, **sentt. nn. 343 del 1993 e 341 del 1994**. Sul sindacato di costituzionalità ex art. 3 Cost. nel settore del diritto penale si veda ora, anche per ulteriori indicazioni sulla più recente giurisprudenza, G. P. DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, fasc. 2/2015, 745 ss.

suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»³⁷; c) il *principio della rieducazione* «è ormai 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»; d) «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» (**sent. n. 313 del 1990**). Il che dovrebbe implicare, tra le altre cose, l'affermazione di un *onere in capo allo stesso legislatore di valutare ex ante*, nel contesto dell'ormai radicata analisi di impatto della legislazione, le conseguenze "carcerogene" derivanti dall'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, proprio considerando che l'aumento della "carcerizzazione" porta con sé il rischio del sovraffollamento, fenomeno che come è noto osta all'individualizzazione del trattamento³⁸ (e dunque a un percorso potenzialmente idoneo alla risocializzazione del reo) e determina una situazione lesiva dei diritti fondamentali e della dignità stessa dei soggetti destinatari della sanzione³⁹. Si tratta di *profilo parzialmente sviluppato nella giurisprudenza successiva, con riguardo alla definizione di un limite*, se non alla individuazione di un divieto, per le «previsioni sanzionatorie rigide»⁴⁰ e per i c.d. automatismi legislativi, spesso strutturati

³⁷ Concetto, questo, testualmente ribadito nella più recente **sent. n. 129 del 2008**.

³⁸ Come è stato sottolineato da G. LATTANZI, *Una situazione carceraria intollerabile*, in *Cass. Pen.*, fasc. 10/2011, 3292, le cause dell'aumento della popolazione carceraria possono essere varie «ma un ruolo preponderante è svolto dalla normativa del sistema di giustizia penale, cioè dalle leggi penali, processuali e di ordinamento penitenziario, considerate nel loro complesso, e se non si interviene, con una visione di insieme e in modo organico su tale sistema, e non frammentariamente sull'una o l'altra legge che lo compone, qualunque iniziativa contingente, che pure è necessaria per ridurre il sovraffollamento, può costituire solo un leggero palliativo».

³⁹ Come è noto, la drammatica situazione di sovraffollamento delle nostre carceri e il connesso determinarsi di condizioni di detenzione disumane è stata alla base della condanna pronunciata con la sentenza della Corte EDU dell'8 gennaio 2013 sul caso *Torreggiani e altri c. Italia* (diventa definitiva il 26 maggio 2013; il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha ritenuto che l'Italia abbia dato piena esecuzione alla sentenza e ha chiuso il caso in data 8 marzo 2016). Se così è, si dovrebbe ritenere che eventuali scelte legislative che possano determinare l'incremento del numero dei detenuti, tali da determinare il superamento della c.d. capienza regolamentare, debbano essere accompagnate da previsioni di copertura di spesa per la realizzazione dei nuovi "posti". Pure la «legge penale» dovrebbe insomma essere trattata alla stregua di una «legge di spesa», che «deve indicare la copertura finanziaria, anche in relazione ai costi che produrrà sul sistema dell'esecuzione penale». Come ha scritto T. PADOVANI, *Introduzione*, in AA. VV., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, XXVI, cui si deve anche il brano prima citato tra virgolette, «in sede legislativa bisogna cominciare a pensare che quando si introduce un reato, quando si aggrava la recidiva, quando si inasprisce un trattamento sanzionatorio, quando si limitano alternative alla detenzione presenti nell'ordinamento in funzione di esigenze supposte o reali (qui non ci interessa) di prevenzione generale, bisogna a quel punto fare un conto, un preventivo, perché distribuire galera significa aggravare di costi». Sul tema dei costi, peraltro, è intervenuto anche il Ministro Orlando, il quale ha osservato come «la promessa securitaria ha completamente fallito perché a fronte di un sistema che costa (il nostro sistema penitenziario non ha un costo *pro-capite* più basso rispetto agli altri Paesi europei) abbiamo dei tassi di recidiva assolutamente fuori dalla media» [A. ORLANDO, *Un lavoro «contro corrente», per migliorare le condizioni del carcere e la qualità della pena*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, cit., 7 ss. e, relativamente al brano citato, 10].

⁴⁰ Un'anticipazione di questo indirizzo può cogliersi nella già richiamata **sent. n. 50 del 1980**, ove si afferma che non appaiono in armonia con il «volto costituzionale» del sistema penale le «previsioni sanzionatorie rigide», le quali potranno passare indenni il vaglio di costituzionalità «a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato». Più di recente la Corte ha affermato, anche in nome dei principi di proporzionalità e di individualizzazione, che occorre «assicurare progressività trat-

come meccanismi presuntivi vincolanti il giudice nella fase commisurativa della pena⁴¹ e persino in materia di custodia cautelare⁴². Il *punto fermo di questa giurisprudenza*, ricavato non solo dall'art. 27, terzo comma, ma anche, e forse soprattutto, dall'art. 3 Cost. può dirsi il seguente: «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona – quale il diritto alla libertà personale – violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie o irrazionali*, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (**sent. n. 198 del 2014**)⁴³.

La ragionevolezza entra così in modo pervasivo anche nelle valutazioni sulle scelte legislative riguardanti l'esecuzione penale, in quanto tra le «finalità che la Costituzione assegna alla pena [...] non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte e in ogni condizione: il legislatore può dare la preferenza, di volta in volta, all'una o all'altra finalità, a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (**sent. n. 306 del 1993**)⁴⁴. «L'opzione repressiva» – precisa la Corte – non può mai «relegare nell'ombra il profilo rieducativo» (**sent. n. 257 del 2006**)⁴⁵.

tamentale e flessibilità della pena» (**sent. n. 255 del 2006**, in tema di condizioni per la concessione della sospensione condizionata della pena). L'esigenza di adeguare il percorso rieducativo a un principio di «progressività trattamentale» era già stata indicata nelle **sentt. nn. 227 del 1995** (che ha ammesso il condannato militare alla fruizione dei permessi premio), **445 del 1997** (in tema di ammissione al beneficio della semilibertà), **137 del 1999** (sull'ammissione al beneficio del permesso premio).

⁴¹ Si veda, tra le molte, la **sent. n. 183 del 2011**, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, secondo comma c.p., nella parte in cui, per uno specifico caso di recidiva, stabiliva che il giudice non potesse tenere conto della condotta del reo susseguente al reato ai fini delle attenuanti generiche; più di recente si veda la **sent. n. 185 del 2015**, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 5, c.p., in quanto dispone l'applicazione della recidiva obbligatoria per i delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. sulla base di una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza o di maggiore pericolosità del reo legata al titolo del nuovo reato. Diverse sono state le dichiarazioni di incostituzionalità di automatismi fondati sulla recidiva, implicanti il divieto di prevalenza dell'attenuante (**sentt. nn. 251 del 2012, 105 e 106 del 2014**, nonché, da ultimo, **sent. n. 74 del 2016**). Importanti sono poi le decisioni di incostituzionalità che hanno colpito automatismi legislativi in materia di misure di sicurezza (**sentt. nn. 139 del 1982, 249 del 1983, 253 del 2003**) e di pene accessorie (**sentt. nn. 31 del 2012 e 7 del 2013**). In altri casi la Corte ha perseguito il medesimo obiettivo con decisioni "interpretative" di inammissibilità, volte a far emergere dal testo censurato una norma non implicante la presunzione "assoluta": cfr, ad es., **sent. n. 192 del 2007, ord. n. 193 del 2008, sent. n. 291 del 2010**. Sul tema dei c.d. automatismi legislativi si vedano: G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 209 ss.; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: «giocando con le regole» a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. Cost.*, 2012, 4909 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI – T. TREU (sotto la direzione di), *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2014*, sez. 2 (a cura di G. LEO – F. VIGANÒ), § 1.3.1, Roma, 2014 (pubblicato anche in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2014); E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85 ss. Il tema è ora approfondito con una raffinata ricostruzione teorica, accompagnata da una puntuale analisi della giurisprudenza costituzionale, da L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, Tesi di dottorato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre, a.a. 2014-2015 (le linee di ricerca sono state illustrate da Pace in occasione di un Seminario del Gruppo di Pisa con un contributo avente il medesimo titolo della tesi pubblicato in www.gruppodipisa.it, settembre 2014).

⁴² Esempio è la "catena giurisprudenziale" sull'art. 275, comma 3, c.p.p., che si è formata a partire dalla **sent. n. 265 del 2010** sino ad arrivare alla **sent. n. 48 del 2015**.

⁴³ Più di recente si veda la **sent. n. 185 del 2015**, nonché, tra le molte più risalenti, le **sentt. nn. 139 e 265 del 2010, 164 e 182 del 2011, 213 e 232 del 2013**.

⁴⁴ Si tratta della nota decisione nella quale la Corte ha sottolineato che la tipizzazione per titoli di reato di cui all'art. 4-bis o.p. «non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario». Sull'impossibilità di «delineare una statica, assoluta gerarchia» tra le finali-

La **sent. n. 313 del 1990** ha anche un altro fondamentale merito, aiutandoci a comprendere *quanta importanza rivesta la legislazione ordinaria nell'interpretazione costituzionale*, in questo caso per la lettura dell'art. 27 Cost. *La stessa interpretazione costituzionale non è, infatti, insensibile agli svolgimenti legislativi che possono supportare una lettura evolutiva dei disposti costituzionali*. Il discorso – almeno apparentemente – è complesso, in quanto siamo costantemente portati a dire che la Costituzione è limite alla legge, e che la legge deve essere interpretata alla luce della Costituzione; omettendo troppo spesso di rilevare che tra le possibili letture dei disposti costituzionali finisce per essere privilegiata quella “preferita”, scelta dal legislatore⁴⁶. A venire qui in rilievo è il *principio di presunzione di legittimità costituzionale delle leggi* che guida la giurisprudenza costituzionale, nella quale è costantemente ribadito⁴⁷ che le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché non è possibile (o almeno è difficile) darne interpretazioni conformi alla Costituzione.

Anche la legge, insomma, è in grado di incidere sull'interpretazione dei disposti costituzionali, a condizione, ovviamente, che essa sia conforme a quanto prescritto dalla Costituzione. Il punto, semmai, è che il regolamento del 1931 non era conforme ai “nuovi” principi costituzionali e che quindi già nel 1966 la Corte avrebbe potuto affermare ciò che ha potuto più agevolmente sancire nel 1990⁴⁸. Ma, in assenza di svolgimenti legislativi, sarebbe stato

tà della pena si veda già **sent. n. 282 del 1989**. Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena: G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 131 ss. Con riguardo, più in generale, alla giurisprudenza costituzionale in tema di esecuzione della pena, si vedano: C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 147 ss., nonché i contributi di P. CHIRULLI, *La sanzione penale ovvero «se», «come» e «quanto» punire nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, e di P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, rispettivamente 39 ss. e 73 ss.

⁴⁵ Più di recente, su queste basi, è stata ritenuta tra l'altro incostituzionale la scelta legislativa che escludeva radicalmente dalle misure alternative i condannati stranieri entrati illegalmente nel territorio dello Stato o privi di permesso di soggiorno (**sent. n. 78 del 2007**), proprio in quanto essa finiva per irragionevolmente accomunare situazioni soggettive eterogenee, prescindendo del tutto da valutazioni prognostiche relative al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati. Cfr. anche **sentt. nn. 257 del 2006, 79 del 2007, 189 del 2010**.

⁴⁶ Come insegna F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012, 308 ss., la legislazione ordinaria è «in generale lo strumento a traverso il quale la Costituzione viene (anche) interpretata e vive nell'ordinamento giuridico». Nel sottolineare «la particolare efficacia della interpretazione di disposizioni costituzionali resa dal legislatore ordinario», che «può risultare dal confronto di un enunciato della Costituzione con un enunciato di legge ordinaria che (almeno implicitamente) si pone come interpretativo», Modugno propone l'esempio della diversa lettura operata nel tempo dell'art. 100 cpv. Cost. («La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo»). Originariamente si riteneva che “tutti” gli atti del Governo dovessero essere sottoposti al controllo di legittimità della Corte dei conti; l'art. 16 della legge n. 400 del 1988 ha poi sottratto al predetto controllo i decreti-legge e i decreti legislativi delegati e questa “novità” – in apparente contraddizione con la giurisprudenza precedente – è stata ritenuta dalla Corte costituzionale non contraria all'art. 100 Cost. (**sent. n. 406 del 1989**), proprio perché si tratta di atti equiparati alla legge, come tali sottoposti o sottoponibili a specifiche forme di controllo di legittimità (del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale).

⁴⁷ Almeno a partire dalla nota **sent. n. 356 del 1996**.

⁴⁸ Mi piace ricordare che, proprio in virtù dell'esigenza di applicare i sopravvenuti principi costituzionali, un magistrato di sorveglianza, il dott. Vincenzo Accattatis, apriva molti dei suoi provvedimenti alterando l'ordinaria formula «letto e applicato...» in «letto e disapplicato» il Regolamento penitenziario del 1931! Occorre però anche ricordare che questo magistrato, che esercitava le funzioni di giudice di sorveglianza a Pisa, fu destinato ad altro

comunque difficile produrre conseguenze “concrete”, non potendo la Corte sostituirsi così incisivamente al legislatore nell’opera di attuazione della Costituzione⁴⁹. *Né può sottovalutarsi il fatto che, prima del 1975, i contenuti principali della normativa penitenziaria erano veicolati da una fonte priva di forza di legge*, quale era il regio decreto del 1931, *insindacabile dalla Corte costituzionale*⁵⁰. Basti ricordare, sul punto, la nota **sent. n. 72 del 1968**, nella quale la Corte fu “costretta” a dichiarare l’inammissibilità della questione riguardante l’obbligo della frequenza delle pratiche collettive del culto cattolico per tutti i detenuti (art. 142 del Regolamento del 1931), specificando che le norme regolamentari, quando ritenute illegittime per contrasto con la Costituzione, «possono e debbono [...] essere disapplicate [...] dai giudici chiamati a farne applicazione»⁵¹.

incarico per aver adottato un particolare criterio (conforme a Costituzione!) in materia di licenze dalla casa di lavoro: poiché a Pisa non vi erano case di lavoro e gli assoggettati alla relativa misura di sicurezza (che “ontologicamente” dovrebbe puntare al reinserimento sociale per mezzo dello svolgimento di prestazioni lavorative) erano destinati a scontarla nel carcere giudiziario cittadino (ove non c’era lavoro per nessuno), Accattatis cominciò a utilizzare l’istituto della licenza, previsto dalla legge, per consentire un lavoro effettivo in libertà, ovviamente sotto il controllo dell’autorità di P.S. Contro questo “sistema” insorse il procuratore generale di Firenze, chiedendo e ottenendo l’annullamento dei provvedimenti e la destinazione del giudice ad altro incarico, nonché fornendo il presupposto per l’esercizio di un’azione disciplinare. Nelle more di essa, Giuliano VASSALLI, nel commentare la vicenda sull’*Avanti* del 24 gennaio 1973, la definì «vero simbolo della “lettera che uccide lo spirito”!»; «coloro che la legge penale vuole che si rieduchino col lavoro (beninteso sotto controllo dell’autorità di P.S. e del giudice, e con permanente possibilità di revoca della licenza) tornino piuttosto in galera, nell’ozio e nell’abbruttimento: perché così si assume che vorrebbe la legge». Il 2 maggio 1973 il CSM dispose la rimozione di Accattatis dalle funzioni di giudice di sorveglianza effettivo. Le sue “colpe” erano di aver considerato «i condannati – e, in particolare, gli internati – soggetti e non oggetti» e di «aver portato avanti la logica liberatrice della persona umana contro quella reificante dell’emenda, rovesciando così il rapporto non reciproco che esiste nell’istituzione», come si legge in un saggio dello stesso V. ACCATTATIS, dal titolo *Il sistema carcerario italiano fra repressione e mistificazione*, in Franco BASAGLIA e Franca BASAGLIA ONGARO (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all’oppressione*, Torino, 1975, 266.

⁴⁹ Un’attuazione tardiva (purtroppo non è l’unico caso), compiuta con la legge del 1975, collocata in un periodo di grandi riforme. Per ricordare il clima politico-culturale nel quale si inseriva la legge penitenziaria (*a dimostrazione, per inciso, del fatto che l’opzione per un sistema elettorale proporzionale non è di ostacolo alle c.d. grandi riforme, che piuttosto richiedono una classe politica all’altezza del compito di attuazione e svolgimento della Costituzione*), cito soltanto alcune delle leggi approvate negli anni Settanta: legge n. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori); legge n. 352 del 1970 (disciplina dei referendum); legge n. 898 del 1970 (scioglimento del matrimonio); legge n. 772 del 1972 (obiezione di coscienza al servizio militare); legge n. 151 del 1975 (riforma del diritto di famiglia); legge n. 577 del 1977 (soppressione delle scuole speciali e delle classi differenziali e avvio del processo di integrazione dei bambini con disabilità nelle classi “comuni” delle scuole statali); legge n. 180 del 1978 (chiusura dei manicomi); legge n. 194 del 1978 (interruzione volontaria della gravidanza); legge n. 833 del 1978 (Servizio sanitario nazionale), ecc.

⁵⁰ M. D’AMICO, Art. 27, cit., 573, mette opportunamente in evidenza la rilevanza della riforma del 1975 anche sul piano formale: «il legislatore decide di utilizzare norme di rango legislativo, sottolineando la centralità della materia e consentendo così l’intervento della Corte costituzionale sulle norme medesime».

⁵¹ A commento della decisione si veda V. ONIDA, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. Cost.*, 1968, 1032 ss., e ivi l’affermazione per cui «obbligare [...] il detenuto a partecipare ad una pratica di culto può ben apparire come una indebita “violenza morale” a suo danno, vietata dall’art. 13, comma 4; e potrebbe addirittura configurarsi, in un certo senso, come un “trattamento contrario al senso di umanità” (art. 27, comma terzo), colpendolo nella parte più preziosa della sua umanità, la sua coscienza» (p. 1047, nt. 48).

3. I diritti dei detenuti, tra svolgimenti legislativi della Costituzione e interventi della giurisprudenza costituzionale

La **sent. n. 313 del 1990** ha costituito senz'altro una *tappa importante nel processo di emersione dei diritti dei detenuti*, finendo per valorizzazione non solo «il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa» ma anche, e di riflesso, le importanti novità introdotte dalla legge penitenziaria del 1975. *La rieducazione stessa è riguardata come diritto*⁵² *che mai può essere negato* (come si desume anche dall'assolutezza del divieto della pena di morte⁵³, che ha riflessi pure sul tema della compatibilità costituzionale dell'ergastolo⁵⁴) *e che si affianca o precede le altre situazioni giuridiche soggettive* delle quali

⁵² In tal senso può di nuovo essere richiamata la "anticipatoria" **sent. n. 204 del 1974**, nella quale si individua il diritto per il condannato a che «il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al fine rieducativo».

⁵³ Importante è ricordare sul punto la revisione costituzionale del 2007 (art. 1 della legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1) che ha fatto cadere l'unica eccezione contenuta nel corpo dell'art. 27 Cost. al divieto di pena di morte («se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»). Nella giurisprudenza costituzionale – prima della revisione costituzionale del 2007 – sono da ricordare le **sentt. nn. 54 del 1979 e 223 del 1996**, nella quale ultima si specifica che il divieto della pena di morte si configura nel sistema costituzionale quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita.

M. CARVALE, *Pena senza morte*, in *Questione giustizia*, n. 1/2008, 51 ss., ora in Id., *Scritti* (a cura di P. ALVAZZI DEL FRATE), Roma, 2013, 319 ss. (da cui si cita), anche *on-line* su scritticaravale.weebly.com, commentando la definitiva scomparsa della pena di morte nell'ordinamento italiano, osserva come l'abolizione di tale pena – pur restando «i tanti problemi riguardanti il carcere a vita» e «il funzionamento dell'ordinamento carcerario» – costituisce, comunque, «un successo tra i più alti conseguiti dall'umanità [...] perché, come ha detto lo storico francese Jean-Marie Carbasse, c'è un'unica alternativa all'abolizione della pena di morte: la barbarie» (p. 331 s.).

Come ha scritto A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, 121 s., con la revisione costituzionale del 2007 è «caduta l'unica eccezione costituzionalmente prevista al principio secolarizzato del finalismo rieducativo, che recupera pertanto la propria natura di autentico paradigma costituzionale». Secondo Pugiutto, quel paradigma può esprimersi nei seguenti termini: «*per la Repubblica italiana nessuna persona è mai persa per sempre*».

⁵⁴ Tale collegamento è ben evidenziato, affrontando il tema del rifiuto di trattamenti penali irreversibili con particolare riguardo all'ergastolo c.d. ostativo (regime che esclude l'applicazione dei c.d. benefici penitenziari per gli autori di determinati tipi di reato, che non collaborino con la giustizia), da A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, cit., 22 ss.; C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, Napoli, 2016, specie 71 ss. In argomento si vedano anche: A. TOSCANO, *La funzione della pena e la garanzia dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 173 ss.; I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, cit., 62 s.; e, soprattutto, G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 2/2015, il quale mette in evidenza i limiti della stessa ricostruzione della giurisprudenza costituzionale (in particolare **sent. n. 264 del 1974**) volta a considerare ammissibile *de facto*, nell'esecuzione, una pena ritenuta inammissibile *de iure*, nella proclamazione: «una pena incostituzionale perché perpetua nella sua comminatoria, diventa tollerabile perché non è perpetua nella sua esecuzione» (p. 8)! Flick ritiene che sia necessario eliminare «l'ipocrisia di un simile paradosso», considerando anche che la «perpetuità della pena rimane comunque per coloro – molti o pochi o addirittura uno solo – che non possano o non vogliano guadagnarsi la liberazione condizionale». Sull'argomento cfr. anche L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1238 ss.

Con riferimento all'ergastolo, la Corte EDU ha di recente sancito che l'art. 3 CEDU (divieto di pene inumane o degradanti) può dirsi rispettato solo a condizione che l'ordinamento preveda un meccanismo di revisione della condanna alla pena perpetua, che offra al condannato, decorso un periodo minimo di detenzione, concrete possibilità di liberazione. Peraltro il condannato ha diritto di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena potrà essere richiesto o avere luogo, perché, in assenza della possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua o di una prospettiva di liberazione, la persona «rischia di non potersi mai riscattare» (Corte EDU, Grande Camera, sentt. 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, nonché, da ultimo, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*).

il detenuto è titolare e per le quali deve essere sempre assicurata un'adeguata tutela giurisdizionale⁵⁵.

Dagli interventi "integrativi" del legislatore, finalmente compiuti in sede di attuazione e svolgimento dei principi costituzionali in tema di esecuzione della pena (legge penitenziaria del 1975, ulteriormente "concretizzata" con il Regolamento del 30 giugno 2000, n. 230⁵⁶), si passa all'opera maieutica della Corte costituzionale, destinata a far risaltare dal dettato normativo una «verità ordinamentale»⁵⁷ che spesso trascende le specifiche formule legislative, traducendosi persino in attività "creativa", orientata all'emersione di diritti per l'innanzi non riconosciuti nell'ambito della normativa penitenziaria. Si tratta di un atteggiamento che peraltro caratterizza la giurisprudenza costituzionale ben al di là del tema qui trattato, coinvolgendo la più ampia questione dei c.d. «nuovi diritti»⁵⁸ ovvero dei *diritti che* – come è stato detto dal Prof. Paolo Grossi nella conferenza stampa in occasione della sua elezione a Presidente della Corte costituzionale – «la Corte "inventa", nel senso latino di trovare, lavorando nelle trame della Costituzione»⁵⁹.

⁵⁵ La necessità di assicurare un'adeguata tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti dell'amministrazione penitenziaria potenzialmente lesivi dei diritti dei detenuti è stata più volte affermata dalla Corte costituzionale, specialmente nella giurisprudenza più recente: si vedano, in particolare, **sentt. nn. 26 del 1999, 526 del 2000, 341 del 2006, 266 del 2009, 135 del 2013**. Significative aperture anche sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti potevano già rinvenirsi nella più volte richiamata **sent. n. 204 del 1974** che, con riguardo alla liberazione condizionale, ha specificato che il diritto del condannato di ottenere che, verificatesi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, l'ulteriore realizzazione della pretesa punitiva sia riesaminata richiede una «valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

⁵⁶ Senz'altro da menzionare, nella prospettiva dell'attuazione del principio rieducativo, sono anche la legge 10 ottobre 1986, n. 663, la legge 27 maggio 1998, n. 165, nonché la legge 22 giugno del 2000, n. 193. Si tratta di interventi normativi di particolare rilievo che valgono ad aprire il tessuto normativo dell'ordinamento penitenziario in prospettiva «anticustodialista»; si veda, in proposito, specie con riguardo alla legge del 1986, F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della «questione penitenziaria»)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1166 s., nonché, in prospettiva più generale (e con piena condivisione dell'osservazione per cui oggi «occorre andare oltre lo stadio segnato dalla legge penitenziaria, non di ripudiarne le idee di fondo»), E. DOLCINI, *La «questione penitenziaria», nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, ivi, 2015, 1655 ss.

⁵⁷ Cfr. M. DE PASCALIS, *Strategie per una nuova dimensione del carcere. Spazio, Tempo e Persone. Un nuovo modo d'essere del Sistema penitenziario*, in www.giustizia.it, 2015, allegato n. 5 alla relazione del Tavolo 15 degli «Stati generali sull'esecuzione penale», il quale sottolinea come l'Amministrazione penitenziaria sia alla ricerca della «verità ordinamentale» sul senso della pena, da far emergere dalla vigente legislazione seguendo una nuova idea dello spazio e del tempo della detenzione, fondata sulla conoscenza della persona e sul principio di autodeterminazione del destinatario della sanzione penale.

⁵⁸ Per la qualificazione dei «nuovi diritti» come situazioni giuridiche soggettive non riconosciute in quanto per l'innanzi non (ancora) riconoscibili si veda F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 2 ss. Modugno ritiene che «l'enucleazione dei c.d. nuovi diritti, ossia la deduzione lineare o trasversale di diritti impliciti, non possa andar disgiunta dal riconoscimento della loro *inviolabilità*». Il nuovo diritto deve essere comunque ricavabile per il tramite dell'interpretazione da un diritto enumerato e deve, a monte, potersi riferire «al patrimonio irretrattabile della persona umana intesa come totalità ossia al principio supremo della libertà-dignità» (p. 107). La posizione dell'Autore si differenzia così dalle tesi «classiche» e contrapposte che guardano, rispettivamente, all'art. 2 Cost. come «fattispecie aperta» (per tutti, A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.) o come «fattispecie chiusa» (per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova, 2003, 20 ss.). Come notato di recente da M. CARTABIA, *In tema di «nuovi» diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli, 2011, 638, la tesi di Modugno sembra aver trovato riscontro anche nelle giurisprudenze europee, orientate a individuare nella «autodeterminazione – nelle sue varianti lessicali: *privacy*, autonomia individuale, libertà positiva etc. – il fondamento dei diritti della persona».

⁵⁹ Conferenza stampa del Presidente Paolo GROSSI, Roma, Palazzo della Consulta, 24 febbraio 2016.

È proprio al tema del *consolidamento* e dell'*emersione dei diritti dei detenuti* che vorrei ora volgere l'attenzione, innestando le mie riflessioni nel quadro sinora proposto. Eviterò di fornire una mera rassegna giurisprudenziale per singoli diritti⁶⁰, cercando piuttosto di individuare quelli che mi sembrano essere gli *indirizzi prevalenti della nostra Corte*, con l'ambizione di delineare il *ruolo in concreto svolto da essa nel portare avanti le lancette dell'orologio del diritto penitenziario*, per molti aspetti ferme alla riforma del 1975. Un ruolo che cercherò di definire basandomi principalmente sulle *tecniche decisorie impiegate* e sul *grado di incisività dell'intervento giurisprudenziale*, ponendo su *diversi piani* i casi in cui la Corte si è limitata a *interpretare* o a *proporre una integrazione "blanda"* del dettato normativo, quelli nei quali ha realizzato una *vera e propria integrazione dei testi* sottoposti al suo giudizio e, infine, quelli in cui ha dovuto arrestarsi all'esercizio di una *funzione "monitoria"*. Nel far ciò rinuncerò alla pretesa della completezza, privilegiando inevitabilmente la trattazione di alcuni casi, per lo più recenti, ritenuti "esemplari".

3.1. Gli interventi giurisprudenziali di tipo interpretativo (o rivolti a una "integrazione blanda" del dettato normativo)

Seguendo l'ordine preannunciato mi soffermerò, anzitutto, su due note pronunce, rispettivamente ascrivibili alle tipologie delle *sentenze "interpretative di rigetto"* e *"additive di principio"*, con le quali la Corte ha ricercato, con alterne fortune, di instaurare un dialogo con i

⁶⁰ Sul tema dei diritti dei detenuti, si vedano, subito dopo la riforma del 1975: G. DI GENNARO – E. VETERE, *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rass. Studi Penit.*, 1975, 16 ss.; L. STORTONI, «Libertà» e «diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere «riformato»*, cit., 31 ss.; M. GENGHINI, *Sicurezza degli istituti penitenziari. Diritti soggettivi e interessi legittimi dei detenuti*, in *Diritto penitenziario e misure alternative*, Roma, 1979, 65 ss.; S. BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, 923 ss.; V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981; R. BELVEDERE, *Diritti e doveri dei detenuti*, Roma, 1981; L. FERRAJOLI, *Carcere e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1982, 351 ss. Più di recente: D. VALIA, *I diritti del recluso tra legge 354/1975, Costituzione e Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Rass. Penit. Crim.*, 1999, 1 ss.; per un inquadramento generale, si veda M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, IX ed. con la collaborazione di A. MARCHESELLI, Milano, 2010, 137 ss.; con analoga impostazione, L. LIMOCIA, *Diritto penitenziario e dignità umana*, Napoli, 2012, 114 ss., 306 ss. In prospettiva costituzionalistica: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit.; ID., *Dignità e carcere*, cit. Per una ricognizione «amministrativa» dei diritti dei detenuti si veda il decreto del Ministro della Giustizia del 5 dicembre 2010 («Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati»). Sullo specifico tema della tutela giurisdizionale: A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, e, più di recente, G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 415 ss. Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale sui diritti dei detenuti, oltre al richiamato contributo di G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti*, cit., 187 ss., si vedano: C. COLAPIETRO, *La condizione dei carcerati*, in *Diritto e Società*, 2006, 364 ss.; F. FIORENTIN – L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali delle persone detenute fra giurisprudenza costituzionale e disciplina europea*, in *Riv. Pen.*, 2010, 231 ss., nonché, in una originale prospettiva volta a mettere in evidenza il fondamentale contributo della giurisprudenza nel processo di emersione dei diritti dei ristretti, S. TALINI, *Il corpo ristretto. Il processo di emersione dei diritti nell'esecuzione penale*, Tesi di dottorato, Dipartimento di Scienze politiche, Università Roma Tre, a.a. 2013-2014; con specifico riferimento all'incidenza dei più recenti interventi normativi sul tema dei diritti dei detenuti, cfr. F. CAPRIOLI – L. SCOMPARI (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015. Uno studio approfondito sul tema è ora offerto nel fasc. 2/2015 di *Costituzionalismo.it*, che, per l'appunto, si intitola «I diritti dei detenuti».

principali interlocutori istituzionali (legislatore, giudici e amministrazione)⁶¹, ponendo peraltro importanti premesse all'evoluzione del processo di c.d. giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale. Tratterò anche una questione risolta con una *decisione di inammissibilità*, fondata sulla possibilità di ricavare in via *interpretativa* dalla disposizione censurata una norma conforme a Costituzione.

3.1.1 La sent. n. 526 del 2000

Tra le pronunce interpretative di rigetto che interessano il nostro tema, una posizione centrale riveste la **sent. n. 526 del 2000**. Con questa decisione la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 o.p., sollevata dal Magistrato di sorveglianza di Bologna in riferimento agli artt. 3, 13, commi secondo e terzo, 24, commi primo e secondo, 97, primo comma, 113, commi primo e secondo, Cost., «nella parte in cui non prevede che nel disporre le perquisizioni personali l'amministrazione penitenziaria rediga atto motivato circa i presupposti e le modalità della perquisizione, da comunicare entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria per la convalida».

In sostanza, il giudice rimettente lamentava la *mancata previsione* nella disposizione censurata di un *obbligo di motivazione gravante sull'amministrazione penitenziaria*, traducendosi questa omissione in una *preclusione per un effettivo controllo giurisdizionale del rispetto dei diritti dei detenuti suscettibili di essere incisi dalle perquisizioni*⁶². La Corte costituzionale ha colmato in via interpretativa la denunciata lacuna, affermando che deve ritenersi «sempre necessaria ed imposta, proprio per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, una forma di documentazione dell'avvenuta perquisizione»⁶³. Tale affermazione è motivata

⁶¹ Si tratta, ovviamente, di tipologie decisorie ben diverse, appartenendo le "additive di principio" alla famiglia delle sentenze di accoglimento. L'assimilazione è qui proposta per mettere in risalto come l'efficacia "concreta" delle additive di principio finisca anch'essa per dipendere dalla "collaborazione" di "altri organi", in particolare del legislatore, in quanto lo svolgimento soltanto giurisprudenziale del principio indicato dalla Corte può determinare situazioni di estrema incertezza. Non è un caso che la Corte abbia drasticamente ridotto il ricorso a questo tipo di decisioni, evidentemente anche sulla base del riscontrato ritardo, se non del mancato apporto, del legislatore (come ho scritto ne *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, le additive di principio «potrebbero sortire i loro effetti [solo] in quanto si instauri un effettivo rapporto di collaborazione tra Corte e Parlamento»). Le sentenze interpretative di rigetto, viceversa, essendo prive di efficacia *erga omnes*, richiedono la "collaborazione" dei giudici (o dell'amministrazione), basando la propria capacità condizionante esclusivamente sulla "persuasività" della motivazione addotta a sostegno della soluzione ermeneutica propugnata. In questo caso, la "partecipazione" del legislatore – ancorché auspicabile in virtù della valenza esplicitamente o implicitamente "monitoria" spesso rinvenibile nelle decisioni della Corte – non è essenziale. Di qui, forse, il maggior successo, specie recente, della tecnica decisoria "interpretativa di rigetto" rispetto alla "additiva di principio".

⁶² Per una compiuta descrizione della questione sottoposta all'esame della Corte rinvio a M. RUOTOLO, *L'effettività «rinnegante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. Cost.*, 2000, 4127 ss.

⁶³ Tale documentazione deve permettere di «conoscere l'identità di chi vi è stato sottoposto e di chi vi ha proceduto e assistito, le circostanze di luogo e di tempo, il fondamento giustificativo della stessa, dato dal ricorrere dei casi ordinari o dall'esistenza dell'ordine del direttore o dalle ragioni di particolare urgenza, specificate nell'informazione immediata data al direttore, nonché le modalità con le quali la perquisizione è avvenuta, in particolare nel caso in cui si ritenga di dover ricorrere a modalità diverse da quelle ordinarie o che comportino una ispezione corporale. In tali ultime ipotesi, inoltre, l'obbligo di motivazione, e la conseguente possibilità di sindacato giurisdizionale, si debbono ritenere estesi anche alla scelta delle modalità, che debbono essere, oltre che sempre rispettose della personalità del detenuto, adeguatamente giustificate, e ciò sia che si tratti di una iniziativa

in base «ai principi generali dell'attività amministrativa», i quali richiedono che l'atto, «specie se incidente su posizioni individuali tutelate», debba essere motivato.

Insomma – e qui viene in rilievo la natura strettamente “interpretativa” della decisione – sussiste (perché non può che sussistere) un obbligo di motivazione e documentazione dell'attività dell'amministrazione penitenziaria anche con riferimento alle perquisizioni nei confronti dei detenuti, essendo ciò implicato dall'esigenza di una interpretazione del sistema normativo in conformità a Costituzione. Poiché deve essere sempre assicurata una diretta ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, la suddetta attività deve risultare «documentata e verificabile» («in conformità del resto anche ai principi di trasparenza e buon andamento che la governano»). A queste condizioni («nei sensi di cui in motivazione») la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 o.p. non è fondata.

Le perplessità adombrate in dottrina circa l'efficacia della tecnica decisoria prescelta⁶⁴ sono state in parte superate dal sollecito séguito dato alla pronuncia dall'Amministrazione penitenziaria che con una propria circolare ha disciplinato le modalità concrete per l'esecuzione delle perquisizioni⁶⁵. Peraltro, non può sottovalutarsi l'indicazione fornita dalla Corte per cui, anche in ordine ai «modi della perquisizione», «vale anzitutto il principio per cui i provvedimenti dell'amministrazione [...] rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art. 24)»⁶⁶. Un modo per sottolineare la *centralità del quarto comma dell'art. 13 Cost.*⁶⁷ che, con una “forza verbale” che non trova pari nella trama della nostra Costituzio-

assunta nell'ambito dell'istituto, sia che sussistano istruzioni o segnalazioni dell'amministrazione penitenziaria centrale, a loro volta pienamente sindacabili da parte del giudice» (**sent. n. 526 del 2000**).

⁶⁴ Cfr. L. CARLASSARE, *Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. Cost.*, 2001, 186 ss., nonché M. RUOTOLO, *L'effettività «rinnegante»*, cit., 4136.

⁶⁵ Il riferimento è alla circolare del Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria n. 3542/5992 del 16 febbraio 2001, che detta le «disposizioni operative» conseguenti alla «lettura della sentenza». Come ho scritto nel testo, le perplessità sono solo in parte superate, in quanto dalla lettura della circolare emerge come l'affermato obbligo di motivazione rischi di tradursi in una mera registrazione di dati, completata da una serie di rinvii a disposizioni del regolamento penitenziario o del regolamento interno d'istituto, se non addirittura, per ciò che attiene alle modalità di effettuazione, a un eventuale ordine di servizio di carattere generale del direttore dell'istituto. Per una esposizione dei contenuti della circolare che, salvo le riserve prima accennate, costituisce comunque un passo in avanti rispetto alla situazione preesistente, rinvio a M. RUOTOLO, *L'effettività «rinnegante»*, cit., 4136 s.

⁶⁶ Sul punto la Corte costituzionale richiama le sue precedenti **decisioni nn. 349 e 410 del 1993**.

⁶⁷ Centralità sulla quale ha molto insistito, in diverse occasioni, proprio il redattore della **sent. n. 526 del 2000**. Cfr., in particolare, V. ONIDA, *Intervento*, in *I diritti dei detenuti e la Costituzione*, Atti del 41° Convegno Nazionale del Coordinamento enti e associazioni di volontariato penitenziario – SEAC, svoltosi a Roma nei giorni 27-29 novembre 2008, Roma, 2009, 61: l'art. 13, quarto comma, Cost. («è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà») è norma «mai abbastanza richiamata», sancendo «non solo la illiceità di condotte di violenza fisica o morale a carico dei ristretti, che, proprio per l'esistenza dello stato di restrizione, sono più possibili o facili a verificarsi, ma l'obbligo di sanzionarle». Perché la Costituzione si occupa proprio di questa situazione e non di altre? Non si tratta – risponde Onida – di un «inspiegabile interessamento del Costituente proprio per i detenuti: il Costituente sapeva quali sono le situazioni che richiedono di stare più attenti che mai alla violazione di diritti, e questa è una di quelle». La considerazione dell'Autore si inserisce nel contesto di una più ampia riflessione, sviluppata in diverse sedi, sul carcere come “luogo della legalità”. Ho cercato di ricostruirne il percorso nel mio *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida*, in *AA.VV., Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1781 ss.

ne⁶⁸, sembra imporre una specifica disciplina rivolta a sanzionare qualsiasi abuso nei confronti di persone soggette a limitazione della libertà personale, ponendo tra l'altro sul tappeto, ben prima dei solitamente richiamati "obblighi internazionali"⁶⁹ (sovente espressivi di una concezione meramente "interdittiva"⁷⁰), il tema della *necessaria introduzione del reato di tortura nel nostro ordinamento*⁷¹.

⁶⁸ Ha scritto V. CRISAFULLI, *Manuale dei diritti del cittadino*, II edizione, Roma, 1950, 52 s., che «una persona detenuta per qualsiasi titolo si trova naturalmente esposta alle possibilità di angherie e vessazioni di ogni genere: si trova, insomma, in condizioni di inferiorità rispetto ai suoi custodi, che possono con estrema facilità diventare i suoi aguzzini. Nessuno in particolare può chiudere gli occhi dinanzi alla realtà, che ci mostra con dolorosa frequenza il caso di maltrattamenti morali e materiali, talvolta di vere sevizie, praticate da questurini troppo zelanti e spesso faziosi ai danni di persone fermate o arrestate. Sono fatti inammissibili in un paese civile, che offendono la coscienza morale della collettività; e la Costituzione ha voluto giustamente sancire con la massima energia il principio secondo cui: "È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà": principio che vale evidentemente per tutti i casi possibili, di detenzione e carcerazione preventiva, di espiazione di pena detentiva, di sottoposizione a misure di sicurezza ecc.».

⁶⁹ Tra gli atti internazionali che prevedono che nessuno possa essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti, v: *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948; *Convenzione di Ginevra* del 1949 *relativa al trattamento dei prigionieri di guerra*; *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* del 1950 (ratificata nel 1955); *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* del 1966 (ratificato nel 1977); *Dichiarazione ONU sulla protezione di tutte le persone sottoposte a forme di tortura e altre pene o trattamenti inumani, crudeli o degradanti* del 1975; *Convenzione ONU del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* (la cd. CAT), ratificata dall'Italia nel 1988; *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* del 1987; *Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale* del 1998 (legge n. 232 del 1999); *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000. Sugli obblighi internazionali in materia di tortura cfr., per tutti: A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 176 ss.; A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, in L. ZAGATO – S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, 3 ss.

⁷⁰ Come nota Giu. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela «fisica e morale» della persona umana «sottoposta a restrizioni di libertà»*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2015, infatti, la formulazione del quarto comma dell'art. 13 Cost. dimostra una «notevole lungimiranza» da parte dei Costituenti in quanto, con essa, «non ci si limita più a dire che la tortura è "vietata" (concezione interdittiva), bensì si afferma che essa debba essere punita (concezione repressiva) [...] anticipando di quasi quarant'anni l'art. 4 della Convenzione ONU contro la tortura del 1984». Tale scelta, peraltro, fu tanto più consapevole in quanto largamente dibattuta, dacché si scontrarono, in seno all'Assemblea, due diverse posizioni: da un lato, vi erano coloro che insistevano per la formula «è vietata»; dall'altro, vi erano coloro che, invece, volevano addirittura l'inserimento della formula «è repressa», a maggiormente sottolineare il superamento della concezione interdittiva. Dopo un voto a favore della prima formula da parte dell'Assemblea, il Comitato per il coordinamento finale ripristinò, senza suscitare obiezioni, il termine «punita», in quanto, come già aveva notato l'on. Tupini in Commissione, «nella affermazione di punizione è implicito così il concetto di repressione come quello di divieto; per cui le parole "è punita" significano "è vietata ed è repressa con punizione"» (V. FALZONE – F. COSENTINO, *La Costituzione*, cit., 67).

⁷¹ Nonostante la previsione contenuta nel quarto comma dell'art. 13 Cost., il relativo reato ancora non è stato introdotto nel nostro codice penale. Si tratta di una lacuna intollerabile, che sempre più spesso lascia cadere nel vuoto i tentativi di ottenere giustizia contro gli autori di questo crimine. Una breve sintesi delle ragioni di ordine costituzionale che impongono l'introduzione del reato di tortura nel codice penale la si può trovare in M. RUOTOLO, *Per l'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in www.costituzionalismo.it, 25.7.2013, nonché, con specifico riferimento a una recente proposta di legge in materia, in Id., *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2014. In argomento si vedano, più diffusamente: P. GONNELLA, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche*, Roma, 2013; A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, fasc. 2/2014, 129 ss., nonché, con specifico riguardo alla necessità di dare attuazione al quarto comma dell'art. 13 Cost., Giu. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa*, cit.

3.1.2 La sent. n. 26 del 1999 (con un cenno alla sent. n. 135 del 2013)

Strettamente connessa alla decisione appena esaminata, anzi suo puntuale e richiamato precedente specifico, è la nota **sentenza** “additiva di principio” **n. 26 del 1999**, riguardante la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

La questione, sollevata dal Magistrato di sorveglianza di Padova, aveva per oggetto il regime del procedimento *de plano* (senza formalità di rito) sui reclami “generici” ex art. 35 o.p. rivolti al magistrato di sorveglianza, qualora questi riguardassero atti dell’amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti di persone sottoposte a restrizione di libertà personale. Ciò che si lamentava era propriamente la mancata previsione, negli artt. 35 e 69 o.p., di *forme di tutela giurisdizionale*. Il rimettente riteneva che l’omissione incostituzionale potesse essere colmata con una pronuncia additiva, mediante applicazione della procedura “semplificata” già contemplata all’art. 14-ter dell’ordinamento penitenziario⁷². Ma la Corte ha ritenuto di non poter dare seguito a questa “indicazione” del giudice *a quo*, sussistendo comunque nella normativa vigente una varietà di schemi processuali in astratto applicabili per la tutela dei diritti dei detenuti (tra i quali, in particolare, quello delineato negli artt. 666 e 678 c.p.p. per il procedimento davanti al Tribunale di sorveglianza⁷³). Non sarebbe possibile, in altre parole, individuare *una* norma e *una* procedura giurisdizionale che la Corte stessa sia abilitata a estendere e generalizzare per rimediare a tale difetto, anche per il necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, per cui «*non resta che dichiarare l’incostituzionalità della omissione e contestualmente chiamare il legislatore all’esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione*» (Cons. dir., § 4).

La *soluzione* offerta dalla Corte, che definisco come forma di “integrazione blanda” – in quanto *non auto-applicativa* – del dettato normativo, non forniva alcuna certezza rispetto al procedimento da seguire per i reclami aventi ad oggetto la lesione di tutti i diritti la cui violazione fosse potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipendesse da atti dell’amministrazione a esso preposta⁷⁴. Per risolvere la situa-

⁷² In base all’art. 14-ter o.p. la decisione viene assunta con ordinanza in camera di consiglio e il procedimento si svolge con partecipazione del difensore e del pubblico ministero, riservando all’interessato e alla amministrazione penitenziaria la facoltà di presentare memorie. Il predetto procedimento era originariamente concepito per consentire di agire avverso i provvedimenti con i quali si dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare.

⁷³ La procedura in parola garantisce la *vocatio in ius*, il contraddittorio e l’impugnabilità del provvedimento del giudice.

⁷⁴ Di qui alcune mie critiche alla **sent. n. 26 del 1999**, alimentate da una certa diffidenza nei confronti della solerzia del legislatore. Nell’auspicare un intervento legislativo che compisse un più incisivo riordino della normativa penitenziaria attinente ai procedimenti di natura giurisdizionale, confidavo almeno nel fatto che la magistratura si orientasse per la transitoria applicazione del procedimento di cui all’art. 14-ter o.p. (cosa che, come riferirò in seguito, è in effetti accaduta con una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2003), mettendo in evidenza i rischi che, «tra l’incostituzionalità per omissione e la discrezionalità del legislatore, ad essere sacrificata» fosse «proprio la tutela dei diritti del detenuto». Sottolineavo, altresì, come «l’efficacia della sentenza» dipendesse dalla «*correttezza* nell’applicazione del *principio*» (identificato nell’esigenza di assicurare ai dete-

zione di incertezza sarebbe stato necessario un sollecito intervento legislativo, in assenza del quale la stessa opzione per il procedimento da seguire finiva per essere rimessa al singolo giudice. Nel perdurare dell'inerzia legislativa, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto applicabile il rito di cui all'art. 14 *ter* o.p. (sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, ric. Gianni), procedimento seguito sino al più che tardivo intervento del legislatore, il quale, con il decreto-legge del 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, ha introdotto nell'ordinamento penitenziario il "nuovo" art. 35-*bis*, optando – anche per consentire all'amministrazione penitenziaria di essere a pieno titolo parte del giudizio – per l'applicazione della procedura di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.⁷⁵.

Sullo sfondo della decisione della Corte costituzionale v'è l'antico principio *ubi ius, ibi remedium*: «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento della possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale» (Cons. dir., § 3.1). L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è, d'altra parte, essa stessa il contenuto di un diritto costituzionale inviolabile, caratterizzante lo stato democratico di diritto: «un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione». «A questi orientamenti fondamentali, che – afferma ancora la Corte nella **sent. n. 26 del 1999** – rappresentano un rovesciamento di prospettiva rispetto alle condizioni vigenti nel sistema giuridico precostituzionale, l'ordinamento penitenziario [...] deve conformarsi». Si fornisce, in tal modo, anche una chiave interpretativa per la lettura delle previsioni che riguardano la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, uno dei cui corollari può trovarsi nella recente **sent. n. 135 del 2013**, ove si afferma che l'*amministrazione deve ottemperare alle disposizioni del magistrato di sorveglianza*, essendo queste vincolanti; non, appunto, meri consigli o inviti⁷⁶. Ed è proprio a seguito di quest'ultima pronuncia, ma soprattutto sotto la

nuti e agli internati una adeguata tutela giurisdizionale) da parte dei giudici e dalla «tempestività dell'intervento legislativo, a sua volta sindacabile proprio alla luce di quel principio». Un principio al quale attribuisco «funzione integrativa – nella fase giurisdizionale "transitoria" –, quindi *direttiva* – rispetto alla legge che venga eventualmente approvata – potendo costituire il parametro alla luce del quale sindacare le scelte legislative operate in "seguito" alla sentenza additiva di principio» (M. RUOTOLLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, cit., 221).

⁷⁵ Si tratta del reclamo giurisdizionale al Magistrato di sorveglianza per i casi di «attuale e grave pregiudizio» ai diritti dei detenuti, derivante da condotte dell'Amministrazione penitenziaria non conformi alla legge recante l'ordinamento penitenziario o al suo regolamento attuativo (artt. 69, comma 6, lett. b, e 35-*bis* o.p.). Per mezzo di tale reclamo, il magistrato di sorveglianza – accertato che le condizioni detentive in cui si trova il detenuto sono tali da determinare un pregiudizio attuale e grave ai suoi diritti – può ordinare all'Amministrazione penitenziaria di «porre rimedio» alla situazione. Per una dettagliata analisi dell'art. 35-*bis* o.p., cfr. M. BORTOLATO, *Art. 35-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 394 ss.

⁷⁶ La Corte aveva già sottolineato che la parola «disposizioni», contenuta nella normativa penitenziaria e riferita ai provvedimenti del magistrato di sorveglianza, nel contesto in cui è inserita, «non significa segnalazioni [...], ma prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue» (**sent. n. 266 del 2009**). Con specifico riguardo al tema dell'ottemperanza ai provvedimenti del predetto magistrato, nella successiva **sent. n. 279 del 2013** si legge che «il legislatore, per porre termine a residue ambiguità dell'ordinamento penitenziario, dovrebbe completare il sistema apprestando idonei strumenti esecutivi in modo da rendere certa l'ottemperanza dell'amministrazione alle

spinta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁷, che il legislatore, circa quindici anni dopo la sent. n. 26 del 1999, ha finalmente previsto, sempre nel corpo del "nuovo" art. 35-bis o.p., uno specifico rimedio giurisdizionale per assicurare l'ottemperanza alle decisioni del magistrato di sorveglianza⁷⁸.

3.1.3 La sent. n. 190 del 2010

La Corte ha cercato di veicolare *interpretazioni conformi a Costituzione della legislazione penitenziaria pure attraverso pronunce di inammissibilità*⁷⁹.

Esemplare è il caso della **sent. n. 190 del 2010**, riguardante la *presunta mancata previsione di un controllo di legalità del Tribunale di sorveglianza sui contenuti del provvedimento ministeriale di sospensione delle regole trattamentali di cui all'art. 41-bis o.p.*, riferito nella specie, tra l'altro, alla parte in cui limita *la permanenza all'aperto del detenuto a un massimo di due ore al giorno*. Con riguardo a quest'ultima questione, la Corte – dopo aver premesso che pur in assenza di un riferimento testuale al controllo sulla congruità del contenuto del provvedimento (venuto meno con la legge n. 94 del 2009) non può che restare in piedi il rimedio previsto dall'art. 14-ter o.p. per tutti i regimi di sorveglianza particolare (ritenuto applicabile in assenza di esplicita disciplina già nella **sent. n. 410 del 1993**) – ha precisato che la «*riduzione del limite massimo di due ore decisa con i provvedimenti applicativi può essere sempre oggetto di reclamo al tribunale di sorveglianza, da parte di singoli detenuti, per violazione di un diritto soggettivo (quale, ad esempio, il diritto alla salute), nell'ambito del perdurante controllo di legalità orientato alla tutela dei diritti*». Insomma la questione è inammissibile perché, anzitutto, *il giudice a quo, non avendo operato una ricostruzione sistematica del quadro normativo, ha trascurato «un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata»*, peraltro sottovalutando che, nella specie, non si tratterebbe di consentire «un controllo sulla "congruità" del provvedimento rispetto ai fini di sicurezza», ma l'«accertamento della eventuale lesione di un diritto fondamentale – mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza – da verificare caso per caso». Ciò vale, a maggiore ragione, quando a venire in rilievo è la potenziale lesione del diritto alla salute, «bene non disponibile

decisioni della magistratura di sorveglianza». Per un commento alla **sent. n. 135 del 2013** rinvio a M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. Cost.*, 2013, 2084 ss.

⁷⁷ Il riferimento va alla già richiamata sentenza della Corte EDU del gennaio 2013 sul caso *Torreggiani e altri c. Italia*, ove si sottolineava la necessità per l'Italia di adottare rimedi preventivi e compensativi che assicurassero «effettivamente» la tutela dei diritti dei detenuti (punto 53).

⁷⁸ «In caso di mancata esecuzione del provvedimento del giudice non più soggetto ad impugnazione», l'interessato o il suo difensore «possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento», il quale magistrato, se accoglie la richiesta, può tra l'altro nominare un commissario *ad acta* (art. 35-bis, comma 5, o.p.).

⁷⁹ Oltre alla pronuncia esaminata nel testo, sono piuttosto note, tra l'altro, le sentenze che hanno dichiarato l'inammissibilità di questioni poste con riferimento a presunte preclusioni legislative nell'accesso a benefici penitenziari, ritenute «superabili» alla luce di una «lettura costituzionalmente orientata, basata sull'ineludibile funzione rieducatrice della pena»: **sentt. nn. 189 e 291 del 2010**.

per restrizione»⁸⁰ e, dunque, non «bilanciabile con qualsivoglia motivo di sicurezza o esigenza processuale»⁸¹.

3.2. Gli interventi giurisprudenziali di tipo integrativo

La Corte costituzionale non ha solo fornito soluzioni strettamente “interpretative” o “proposto” integrazioni “blande” della disciplina penitenziaria. È anche *intervenuta introducendo “regole” mancanti*, colmando cioè omissioni legislative con *sentenze additive “classiche”*, o *colpendo parti di testi che non consentivano l’emersione di un diritto* o ne producevano una compressione intollerabile (*sentenze di accoglimento parziale*, volte a colpire disposizioni nella parte in cui prevedono un qualcosa che non dovrebbero prevedere). A questo ulteriore “ruolo” svolto dalla Corte si farà ora riferimento, con l’analisi di pronunce che hanno riguardato taluni diritti fondamentali non riconosciuti o irragionevolmente compressi nei confronti delle persone in esecuzione penale.

3.2.1 La sent. n. 158 del 2001 (e la sent. n. 341 del 2006 come suo ideale “seguito”)

Esempio importante di impiego della tecnica decisoria di tipo “additivo” si trova nella sent. n. 158 del 2001, riguardante il *diritto alle ferie e al riposo settimanale dei detenuti*.

La questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 36 e 27 Cost. dal Magistrato di sorveglianza di Agrigento, aveva per oggetto l’*omessa previsione* nel corpo dell’art. 20, comma 17, o.p., *del riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell’amministrazione carceraria*⁸². Nell’accogliere la questione per come prospettata dal rimettente, la Corte ha precisato che la “specificità” del rapporto di lavoro penitenziario – la cui regolamentazione può conoscere delle “varianti” o delle “deroghe” rispetto a quella del rapporto di lavoro in generale, in ragione delle esigenze organizzative, disciplinari e di sicurezza proprie dell’ambiente carcerario – *non vale «ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato»*. Ovviamente, il godimento del diritto alle ferie annuali retribuite deve essere assicurato con gli adattamenti che si rendono necessari, sotto il profilo delle modalità (di forme e di tempo), per assicurarne la compatibilità con lo stato di detenzione. Il periodo di sospensione dell’attività lavorativa potrà, così, essere dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nell’istituto carcerario. Inoltre – specifica ancora la

⁸⁰ Così nel *Documento finale* dei lavori della Commissione di studio in tema di interventi in materia penitenziaria (istituita con d.m. 13 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Mauro Palma), presentato al Ministro della Giustizia il 25 novembre 2013, punto 4 (in www.giustizia.it).

⁸¹ M. CAREDDA, *Salute e carcere. Alcune risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2015, 8. Sul diritto alla salute dei detenuti si veda il lavoro monografico di C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002.

⁸² L’omissione si inseriva nel contesto di una disposizione che pure garantiva il limite di durata delle prestazioni secondo la normativa ordinaria, nonché il riposo festivo e la tutela assicurativa e previdenziale.

Corte nella **sent. n. 158 del 2001** – le concrete modalità di fruizione potranno diversificarsi a seconda che il lavoro sia intramurario o si svolga all'esterno o in situazione di semilibertà. Come si vede, *altro è sostenere l'esigenza di una «differenziazione di modalità» nella fruizione di un diritto in ragione dello stato detentivo del suo titolare, altro è non garantire un diritto, pur riconosciuto dalla Costituzione «senza distinzioni di sorta», per il solo fatto della sussistenza dello stato detentivo*. Il Giudice delle leggi ha, molto opportunamente, indicato la prima via come la sola costituzionalmente percorribile, riconoscendo che «il ruolo assegnato al lavoro nell'ambito di una connotazione non più esclusivamente afflittiva della pena comporta che, ove si configuri un rapporto di lavoro subordinato, questo assuma distinta evidenza dando luogo ai correlativi diritti e obblighi».

Le nette affermazioni della Corte, portate a sostegno di una sentenza “additiva di regola”, hanno senz'altro inciso su una *successiva pronuncia riguardante la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti lavoratori (sent. n. 341 del 2006)*. In quest'ultimo caso la Corte ha ritenuto che l'attribuzione al magistrato di sorveglianza della competenza a decidere sulle controversie di lavoro dei detenuti, implicando il ricorso a una procedura semplificata qual è quella del richiamato art. 14-ter o.p., presentasse profili di incostituzionalità⁸³ in quanto raffrontata al rito particolarmente garantistico applicabile per le ordinarie controversie di lavoro⁸⁴. La Corte ha pertanto accolto la questione sollevata sull'art. 69, comma 6, lett. a), o.p., per violazione degli artt. 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3, primo comma, Cost., ribadendo così, tra l'altro, la *illegittimità di ogni «irrazionale ingiustificata discriminazione»*, con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative, tra i detenuti e gli altri cittadini⁸⁵. Se è vero che al legislatore va riconosciuta un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali e nella stessa disciplina della competenza, nella specie la Corte rileva che la norma impugnata «non si limita ad individuare una specifica competenza in capo ad un determinato ufficio giudiziario, ma detta, con stretta consequenzialità, regole processuali inidonee, se riferite alle controversie di lavoro, ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali» (Cons. dir., § 4). Sullo sfondo vi è proprio il principio sotteso alla decisione additiva n. 158 del 2001, che si identifica nel radicale rifiuto dell'idea che il lavoro dei detenuti possa essere fattore di aggravata afflizione, dovendosi piuttosto assimilare, nella misura più ampia possibile,

⁸³ La disposizione censurata (art. 69, comma 6, o.p., come modificato dall'art. 21 della legge n. 663 del 1986), richiamandosi alla procedura di cui all'art. 14-ter, consentiva al reclamante di presentare memorie a sostegno delle proprie tesi, ma *non di partecipare all'udienza e di essere sentito personalmente*. Il procedimento di cui all'art. 14-ter si svolge peraltro, come già sottolineato, *in camera di consiglio* «con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero», ma non dell'*amministrazione penitenziaria*, che può solo presentare memorie e *non assume la veste di parte*.

⁸⁴ Il rito applicabile per le ordinarie controversie di lavoro si differenzia dal procedimento previsto dall'ordinamento penitenziario, in quanto nel primo sono assicurate, tra l'altro: a) la provvisoria esecutorietà della sentenza del giudice del lavoro (art. 431 c.p.c.) in contrapposto all'ordinanza del magistrato di sorveglianza che deve divenire cosa giudicata per essere esecutiva; b) il doppio grado del giudizio di merito (art. 433 c.p.c.); c) la pubblicità del processo; d) una disciplina del processo che garantisce ampiamente il diritto di difesa.

⁸⁵ Principio già espresso nella lontana **sent. n. 49 del 1992**.

alle forme e ai modi del lavoro “libero”, anche in vista di un percorso di risocializzazione potenzialmente più proficuo⁸⁶.

3.2.2. La sent. n. 143 del 2013

Altra importante pronuncia nel percorso giurisprudenziale di emersione dei diritti dei detenuti è la più recente **sent. n. 143 del 2013**. Si tratta di *una decisione che riguarda la disciplina dei colloqui con i difensori dei detenuti in regime di 41-bis o.p.*⁸⁷, *che possiamo qualificare come sentenza di accoglimento parziale con effetto “espansivo” del diritto compresso*⁸⁸.

La questione sottoposta all’esame della Corte riguardava specificamente l’art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b), o.p., come modificato dall’art. 2, comma 25, lettera f), numero 2), della legge n. 94 del 2009 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi del medesimo art. 41-bis.

Il Magistrato di sorveglianza di Viterbo, chiamato a decidere un reclamo proposto da un detenuto avverso il provvedimento del direttore della locale casa circondariale con il quale si respingeva la richiesta di colloquio con il difensore essendo stati già raggiunti i limiti «quantitativi» previsti dalla legge⁸⁹, ha sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo le predette restrizioni in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. La Corte costituzionale ha ritenuto la questione fondata con riferimento all’art. 24 Cost., offrendo una motivazione persuasiva che si articola attorno a due punti essenziali: a) *l’esercizio del diritto di difesa può subire limitazioni nel bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, ma non oltre il punto che ne comprometta l’effettività*; b) *l’eventualità che gli avvocati – tenuti al rispetto di un codice deontologico nello specifico campo dei rapporti con la giustizia e sottoposti a vigilanza disciplinare dall’ordine di appartenenza – si prestino a fungere da tramite tra il detenuto e altri membri dell’organizzazione criminale, se non può escludersi a priori, neppure può essere assunta a regola di esperienza, tradotta in un enunciato normativo*.

La Corte ha sottolineato opportunamente la particolare delicatezza delle restrizioni in parola che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenzia-

⁸⁶ Proprio nella **sent. n. 158 del 2001** si legge che il lavoro dei detenuti «si pone come uno dei mezzi di recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo».

⁸⁷ Si tratta, come è noto, di una forma di detenzione speciale che prevede una serie di limitazioni, disposte con decreto del Ministro della Giustizia, finalizzate a impedire la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, evitando che il detenuto continui a gestire dal carcere attività illecite. Per i predetti fini, il provvedimento ministeriale può sospendere l’applicazione delle regole di trattamento previste dall’ordinamento penitenziario.

⁸⁸ Per un più ampio esame della decisione rinvio a M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. Cost.*, 2013, 2176 ss. Alcune delle considerazioni ivi espresse saranno di seguito riprese.

⁸⁹ In base alla “novella” del 2009, infatti, i limiti ai colloqui con i difensori erano i seguenti: telefonate di dieci minuti fino a un massimo di tre volte alla settimana o colloquio visivo della durata massima di un’ora.

rio, rimarcando – in linea con la giurisprudenza della Corte EDU – come «ogni misura limitativa di tal fatta debba risultare assolutamente necessaria» e sostenendo che le predette limitazioni non sono idonee ad assicurare un corrispondente incremento della tutela dell'interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini. Secondo la Corte, dunque, «l'operazione normativa considerata viene [...] a confliggere con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango».

Si tratta di un passaggio fondamentale nella definizione degli schemi di giudizio riguardanti le operazioni di bilanciamento compiute dal legislatore⁹⁰, che si va ad aggiungere alla nota considerazione, tratta proprio dalla lettura della giurisprudenza costituzionale, per cui «nel bilanciamento» il singolo diritto «potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti (e secondo lo schema o struttura assiologica già delineata in Costituzione) fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere»⁹¹. Perché una «soluzione normativa» che incida sull'esercizio di un diritto fondamentale possa dirsi giustificata in una «prospettiva di bilanciamento» con interessi contrapposti di rango costituzionale, non basta però rilevare che la situazione soggettiva considerata non è totalmente sacrificata (come accadrebbe, nella specie, se il legislatore vietasse i colloqui con il difensore o se disponesse che questi siano sottoposti ad ascolto o videoregistrazione⁹²), ma occorre riscontrare se la compressione della stessa (ancorché non implicante il «completo» sacrificio) sia idonea a determinare un incremento della tutela dell'altro interesse in gioco. I due momenti, le due verifiche, sembrano comunque distinguibili: la prima attiene al se del bilanciamento, la seconda al *come* dell'operazione di ponderazione, implicando una valutazione che finisce per essere compiuta in termini di ragionevolezza e, più propriamente, di congruità del mezzo prescelto (la compressione di un diritto) rispetto al fine che si propone di raggiungere (l'incremento della tutela di altro interesse di rango costituzionale). In effetti, quella compiuta nella sentenza in commento è una valutazione in termini di «ragionevolezza delle restrizioni operate» che si traduce nella rilevazione della violazione del diritto di difesa del detenuto, la cui compressione non trova, nella specie, «adeguata» giustificazione in nome del soddisfacimento delle pur presenti esigenze di sicurezza. *Insomma, il sensibile (qui non «totale») sacrificio del diritto di*

⁹⁰ Lo scrivono anche, in una pregevolissima nota alla **sent. n. 143 del 2013**, V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di «carcere duro»: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, fasc. 4/2013, 336 ss., specie 348 ss.

⁹¹ F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti*, cit., 101, e già, in senso analogo, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81.

⁹² La riservatezza è componente essenziale del diritto del difensore di conferire con il proprio assistito, così come del corrispondente diritto dell'imputato e del condannato a conferire con il suo legale (su questi ultimi: Corte cost., **sentt. n. 216 del 1996** e **212 del 1997**). Di vero e proprio diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore, ai sensi dell'art. 6, par. 3, CEDU, parla anche la Corte di Strasburgo in diverse decisioni, tra le quali, limitandosi a quelle richiamate dalla Corte costituzionale nella **sent. n. 143 del 2013**: Corte EDU, sentt. 13 gennaio 2009, *Rybacki c. Polonia*; 9 ottobre 2008, *Moiseyev c. Russia*; 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*.

*difesa imposto dalla disciplina censurata è incostituzionale in quanto incongruo rispetto allo stesso fine che l'intervento normativo si proponeva*⁹³.

Due aspetti ulteriori meritano di essere qui considerati.

Il primo è *che neanche le peculiari ragioni di sicurezza sottese al regime di cui all'art. 41-bis o.p. sono idonee a determinare arbitrarie limitazioni all'esercizio dei diritti dei detenuti*⁹⁴.

Il secondo, non meno importante, riguarda il modo in cui nella motivazione della sentenza viene fatto *riferimento alla CEDU*⁹⁵ e *alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*⁹⁶, non già al fine di "stravolgere" il senso del parametro interno (art. 24 Cost.)⁹⁷, ma per far emergere una sostanziale sintonia tra le Corti nel riconoscimento della centralità del diritto a comunicare in modo riservato con il proprio difensore anche al fine di assicurare "un processo equo". Ancor più apprezzabile è poi il richiamo alle Regole penitenziarie europee del Consiglio d'Europa⁹⁸. Fino a oggi, a quanto mi consta, le predette Regole – la cui prima versione risale al 1973 – sono state "citare" nelle argomentazioni della giurisprudenza costitu-

⁹³ Per una riflessione, corredata da specifico esempio, su come tale schema di giudizio possa essere seguito anche dalla Magistratura di sorveglianza, allorché sia chiamata a pronunciarsi sulla lesione dei diritti dei detenuti conseguenti a provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria, rinvio al mio *Le irragionevoli restrizioni*, cit., 2179, nota 8.

⁹⁴ Tale considerazione si inserisce in un contesto giurisprudenziale che ha individuato precisi limiti che l'amministrazione non può valicare nel configurare le misure del regime speciale di cui all'art. 41-bis o.p. Le predette misure, infatti, non possono incidere sulla «qualità e quantità della pena» o sul «grado di libertà personale del detenuto» (**sent. n. 349 del 1993**) e devono essere ricondotte alle peculiari esigenze di «ordine e sicurezza» che giustificano il provvedimento (**sent. n. 410 del 1993**). Sulla idoneità o congruità delle misure rispetto allo scopo per cui la legge le ammette deve essere assicurata la possibilità del controllo dell'autorità giudiziaria che ben potrà dichiarare illegittimo, anche *pro parte*, il provvedimento ministeriale di applicazione del regime di cui all'art. 41-bis o.p. (**sentt. nn. 351 del 1996 e 376 del 1997**). L'esigenza di evitare che le misure disposte in applicazione del regime speciale abbiano portata meramente afflittiva è alla base dello studio e delle proposte di recente elaborate dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica nel *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41-bis*, XVII legislatura, 7 aprile 2016 (liberamente consultabile sul sito internet istituzionale del Senato della Repubblica – www.senato.it – in calce al Resoconto sommario n. 93 del 7/4/2016 della prima citata Commissione straordinaria).

⁹⁵ Cfr., in particolare art. 6, par. 3, lett. c), CEDU, riguardante il «processo equo» in una società democratica.

⁹⁶ Si richiama la sent. 12 marzo 2003 della Corte EDU sul noto caso *Öcalan c. Turchia*, nella quale è stata riconosciuta la lesione del «diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore», in ragione di limitazione analoga a quella di cui alla norma censurata, che consentiva all'imputato, durante il corso del processo, solo due colloqui a settimana con i propri difensori della durata di un'ora l'uno.

⁹⁷ Il metodo seguito dalla Corte costituzionale – ancorché necessitato dalla mancata evocazione del parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost. da parte del remittente – mi sembra il più convincente, in quanto percorre la via della "integrazione" con la CEDU per il tramite dell'interpretazione. Secondo il mio punto di vista, il limite di cui all'art. 117, primo comma, Cost., per ciò che concerne il rispetto degli obblighi internazionali, dovrebbe intendersi come "residuale", concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale e sempre che il suo rispetto non sia causa di decremento di tutela rispetto a quella già assicurata dall'ordinamento interno: M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 2/2013, 19/04/2013, specie 7 ss.

⁹⁸ Come si è già affermato in precedenza, le Regole sono state adottate in forma di Raccomandazione dal Comitato dei Ministri l'11 gennaio 2006. In esse si riconosce tanto all'imputato (regola n. 23) quanto al condannato (regola n. 98) il diritto a conferire con il difensore.

zionale soltanto in tre occasioni, peraltro piuttosto recenti⁹⁹. Eppure sono Regole che, ancorché considerate di *soft law*, esercitano da tempo un ruolo importante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ai fini della “concretizzazione” dei parametri convenzionali impiegati nella soluzione delle questioni riguardanti i diritti dei detenuti. Ben ha fatto, allora, la Corte costituzionale a richiamarle e utilizzarle, anche quando, come nella specie, non considerate nell’atto introduttivo del giudizio. Come ho avuto modo di sottolineare altrove¹⁰⁰, non si tratta solo di rispondere a un’esigenza di “apertura” della nostra giurisprudenza agli apporti europei o di rendere più proficuo il “dialogo” con la Corte di Strasburgo. Si tratta anche, e forse soprattutto, di *saper far emergere attraverso l’interpretazione le potenzialità insite nei disposti costituzionali in tema di diritti, utilizzando a tale fine pure gli apporti sovranazionali*. Anche così si può, in una certa misura, contribuire a evitare che il compito della tutela dei diritti (compresi quelli dei detenuti) sia appannaggio esclusivo di “altre” Carte e, in conseguenza, di altre Corti.

3.2.3. La sent. n. 239 del 2014

Ultimo caso che vorrei richiamare brevemente in questa parte dedicata alle “integrazioni” del dettato normativo in ambito penitenziario è quello della **sent. n. 239 del 2014**, *sull’applicabilità della detenzione domiciliare speciale* (art. 47-quinquies o.p.) *alle detenute madri condannate per taluno dei delitti di cui all’art. 4-bis, comma 1, o.p.*¹⁰¹.

La Corte costituzionale ha rilevato l’*irragionevolezza della disposizione* nella parte in cui non esclude le detenute madri, condannate per i delitti sopra indicati e con prole di età non superiore ai dieci anni, dal divieto di concessione della misura della detenzione domiciliare speciale¹⁰², estendendo, in via consequenziale, la dichiarazione di incostituzionalità anche alla preclusione all’accesso alla detenzione domiciliare “ordinaria” (ex art. 47-ter o.p.¹⁰³).

Come precisato con particolare riguardo alla detenzione domiciliare speciale, nell’economia dell’istituto assume «un *rilievo del tutto prioritario l’interesse di un soggetto*

⁹⁹ Si tratta delle **sentt. nn. 158 del 2001, 274 del 2011**, nonché **301 del 2012**. In realtà, però, l’unico caso nel quale hanno assunto un qualche rilievo ai fini della decisione è proprio quello della già richiamata **sent. n. 158 del 2001** sul diritto alle ferie dei detenuti, in quanto nelle altre due pronunce il richiamo alle stesse, pur contenuto nel considerato in diritto, era compreso nella parte dedicata alla sintesi delle questioni prospettate dal richiedente e poi non sviluppato in ragione della rilevata inammissibilità delle stesse.

¹⁰⁰ M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni*, cit., 2180.

¹⁰¹ L’art. 4-bis, comma 1, o.p., accomunando fattispecie molto diverse, subordina la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-ter o.p., all’evidente fine di rendere più efficace il contrasto alla criminalità organizzata.

¹⁰² Alla detenzione domiciliare speciale possono essere ammesse, ove non ricorrano le condizioni di cui all’art. 47-ter o.p. (detenzione domiciliare c.d. ordinaria), «le condannate madri di prole di età non superiore a dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e si vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli», «dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l’espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo».

¹⁰³ L’art. 47-ter o.p. prevede che «la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell’arresto, possono essere espiate» in forma domiciliare quando trattasi di «donna incinta o madre di prole di età inferiore ai dieci anni con lei convivente» (comma 1, lett. a).

debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, *quale quello del minore in tenera età, a instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo*».

La pronuncia si fonda, con argomento che ben può comprendere anche l'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria, sul valore preminente rappresentato dalla tutela dell'interesse del minore in tenera età «a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisico-psichico», coinvolgendo così il delicato tema del *diritto del detenuto al mantenimento dei rapporti familiari e, in specie, genitoriali*. A imporsi è sempre l'esigenza di un corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti – quello di difesa sociale, sotteso al perseguimento del contrasto alla criminalità organizzata, e quello inerente alla tutela del minore – *da operarsi non già in via astratta, sulla base di presunzioni cristallizzate nel dettato normativo, bensì in concreto*: è il giudice che deve verificare l'eventuale presenza, nella specifica situazione sottoposta al proprio vaglio, di ragioni ostative alla concessione della misura della detenzione domiciliare, da rinvenirsi nella concreta sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata¹⁰⁴.

3.3. Gli interventi giurisprudenziali di tipo “monitorio”

Non meno importanti sono quelle pronunce nelle quali la Corte, pur ricorrendo a *decisioni di inammissibilità*, ha inteso esprimere *moniti* più o meno forti nei confronti del legislatore. Solo su di esse mi soffermerò ora – selezionando due casi “esemplari” – pur consapevole del fatto che la funzione “monitoria” è esercitata dal nostro giudice costituzionale anche in altri tipi di decisioni, al fine di sollecitare, in spirito di leale collaborazione e con l'obiettivo di garantire una più compiuta attuazione della Costituzione, l'attivazione dei suoi principali interlocutori istituzionali (legislatore, giudici e amministrazione).

3.3.1. La sent. n. 301 del 2012

Chiamata a pronunciarsi sulla *questione relativa al mancato riconoscimento nel nostro ordinamento del diritto alla sessualità dei detenuti*, la Corte ha dovuto dichiararne l'*inammissibilità* con la **sent. n. 301 del 2012**¹⁰⁵. Il rimettente Magistrato di sorveglianza di

¹⁰⁴ La Corte colpisce così un automatismo preclusivo, in linea con la giurisprudenza richiamata in nota 41. Su questa decisione si vedano i commenti di F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, e di L. PACE, *La «scure della flessibilità» colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. Cost.*, 2013, rispettivamente, 3940 ss. e 3948 ss.

¹⁰⁵ A commento della **sent. n. 301 del 2012**, cfr. 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, 4726 ss.; C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, fasc. 4/2012, 215 ss.; T. GRIECO, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti*

Firenze chiedeva, nello specifico, la rimozione dell'ostacolo normativo costituito da quella parte dell'art. 18 o.p. che prevede il controllo a vista della polizia penitenziaria in occasione dei colloqui dei detenuti. «Risulta, tuttavia, evidente – afferma la Corte – come un *intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui* – quale quello in apparenza richiesto dal giudice *a quo*, alla luce della formulazione letterale del *petitum* – *si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo*» (Cons. dir, § 3).

Il controllo a vista del personale di polizia penitenziaria persegue, in effetti, «finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati», determinandosi come conseguenza solo indiretta un ostacolo all'esplicazione del «diritto alla sessualità» (stante la naturale esigenza di intimità connessa ai rapporti in questione).

«L'asserita necessità costituzionale di rimuovere tale conseguenza non giustificerebbe [...] la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui», così come «l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe comunque, di per sé, a realizzare l'obiettivo perseguito». Sarebbe necessaria, infatti, una specifica disciplina che «stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle "visite intime", fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative. Tutte operazioni che implicano, all'evidenza, scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore».

Ma la Corte costituzionale non si è fermata qui, specificando che l'esigenza evocata nell'ordinanza di rimessione è «reale e fortemente avvertita»¹⁰⁶, ponendo un «*problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente* (peraltro non immediatamente vincolanti, come egli stesso ammette) *e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria*: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento, pur escludendo che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 – prescrivano inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno del carcere, anche tra coppie coniugate (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 4 dicembre 2007, Dickson contro Regno Unito, e 29 luglio 2003, Aliev contro Ucraina)».

all'affettività e alla sessualità, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2013; S. TALINI, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301 del 2012)*, in *Studium iuris*, 2013, 1089 ss.; A. DIDI, *Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta*, in *Proc. Pen. Giust.*, fasc. 3/2013, 99 ss.

¹⁰⁶ Attualmente l'unica «parziale» risposta normativa a questa esigenza risiede nell'utilizzo dell'istituto dei permessi-premio (previsto dall'art. 30-ter o.p.), «la cui fruizione – come sottolinea la Corte costituzionale – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria».

Ed è qui che la pronuncia assume valenza monitoria, inserendosi nel contesto di un dibattito, le cui origini sono invero risalenti nel tempo¹⁰⁷, che tende in modo sempre più puntuale a rivendicare l'*esigenza di una proiezione normativa del bisogno della sessualità*, non già quale strumento per migliorare il benessere del detenuto (e del suo *partner*) ma *come diritto il cui esercizio non può essere disconosciuto in quanto in sé non incompatibile con lo stato di reclusione*¹⁰⁸. Ciò richiede, come precisa la Corte costituzionale, la determinazione di «misure organizzative» specifiche, la cui adozione dovrebbe ritenersi non più procrastinabile in quanto, in assenza di esse, il diritto del detenuto non è limitato nelle sue possibilità di esercizio (come è logico che sia, in ambiente carcerario) ma negato in radice, disconosciuto, anziché riconosciuto come vorrebbe l'art. 2 Cost.¹⁰⁹.

3.3.2. La sent. n. 279 del 2013

Un più incisivo monito è stato utilizzato dalla Corte in una successiva decisione di inammissibilità, la **sent. n. 279 del 2013**.

In questo caso, la Corte era stata investita dai tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano, con due ordinanze analoghe, della *questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 cod. pen. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati [presentazione di domanda di grazia, grave infermità fisica o madre di prole di età inferiore a 3 anni], l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità»*. I parametri evocati erano gli artt. 2, 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, quest'ultimo in relazione all'art. 3 CEDU, che sancisce l'inderogabile divieto di trattamenti inumani e degradanti.

Come sottolineato dalla Corte costituzionale, l'obiettivo della addizione richiesta era quello dell'«introduzione di un rimedio “preventivo” per i casi in cui l'Amministrazione penitenziaria non sia in grado di assicurare condizioni detentive compatibili con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità». Un'esigenza, quest'ultima, che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha prospettato, nella più volte richiamata decisione sul caso Torreggiani, rilevando che «la violazione del diritto [...] di beneficiare di condizioni detentive ade-

¹⁰⁷ La situazione non sembra molto cambiata da quella descritta prima della riforma del 1975 da A. RICCI – G. SALIERNO, *Il carcere in Italia. Inchiesta sui carcerati, i carcerieri e l'ideologia carceraria*, Torino, 1971, 207: «la sessualità è l'unico aspetto della vita di relazione dei reclusi non normativizzato da regolamenti o da disposizioni ministeriali. Sia Rocco che Gonella, come rappresentanti della mentalità sessuofobica, semplicemente ignorano il problema».

¹⁰⁸ Si tratta di un punto messo opportunamente in evidenza da A. GABOARDI, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale* (intervento quale “contraddittore”), in AA. VV., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, cit., 31 s.

¹⁰⁹ Coglie appieno la valenza monitoria della **sent. n. 301 del 2012** S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2015, la quale, esaminando la problematica questione entro un più ampio contesto di analisi della normativa e della giurisprudenza (non solo nazionale), pone la questione in termini di bilanciamento tra valori costituzionali, considerando «la sessualità ristretta come posizione giuridica soggettiva nella sua più ampia accezione». «Generiche esigenze di sicurezza – scrive Silvia Talini – non possono giustificare quella che appare non già come compressione del diritto all'affettività-sessualità ma negazione *tout court* dello stesso; negazione che appare difficilmente tollerabile in termini di compatibilità con il dettato costituzionale» (§ 4).

guate [...] trae origine da un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e che può interessare ancora in futuro numerose persone»¹¹⁰.

*Il Giudice delle leggi, pur ritenendo sussistente il vulnus denunciato dai rimettenti, ha dichiarato la questione inammissibile, rilevando l'esistenza di una pluralità di soluzioni normative, di rimedi «preventivi» che sarebbero idonei a realizzare lo scopo, diversi da quello postulato mediante l'intervento additivo sull'art. 147 c.p., quali «ad esempio, quelli modellati sulle misure previste dagli artt. 47 e seguenti dell'ordinamento penitenziario». È insomma il legislatore a dover intervenire, non potendo la Corte costituzionale sostituirsi a una scelta discrezionale a questo riservata*¹¹¹.

*Non sarebbe tuttavia «tollerabile» – precisa la Corte – «il protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». Ove il legislatore non si attivi tempestivamente, la Corte, se investita in eventuale successivo procedimento di questioni analoghe, non potrà che «adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità»*¹¹². Come a dire che la discrezionalità del legislatore non può essere rivendicata sul piano dell'*an* ma solo sul piano del *quomodo*, venendo meno pure quest'ultimo in caso di protrazione dell'inerzia¹¹³.

¹¹⁰ Il problema si pone, anzitutto, in quei casi in cui il detenuto abbia uno «spazio vitale» in cella minore di 3 mq (ove si registri questa condizione, la Corte EDU ritiene che vi sia comunque violazione dell'art. 3 CEDU: cfr., limitandosi all'Italia, la già citata Corte EDU, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*) o non siano comunque garantiti i c.d. *standards* minimi che devono essere assicurati nei luoghi di detenzione, che l'art. 18 delle Regole penitenziarie europee lega anche, tra l'altro, alle condizioni igienico-sanitarie, alla cubatura d'aria, all'illuminazione, al riscaldamento e all'aerazione (molte volte la Russia è stata condannata ai sensi dell'art. 3 CEDU proprio per la violazione di questi ultimi *standards* anche ove lo spazio vitale fosse superiore ai 3 mq. Cfr., tra le altre: Corte EDU, sentt. 9 ottobre 2008, *Moisseiev c. Russia*; 12 giugno 2008, *Vlassov c. Russia*; 18 ottobre 2007, *Babouchkine c. Russia*). La Corte europea ha valorizzato le raccomandazioni del Consiglio d'Europa [R(99)22 *concerning prison overcrowding and prison population inflation*; R(2006)2, *European Prison Rules*] e i periodici Rapporti del Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), sottolineando la necessità di considerare diversi fattori che sono di «importanza capitale per il benessere dei detenuti», comprendendo nella valutazione le attività trattamentali e le proposte rieducative in concreto offerte. Da ultimo, in tema di sovraffollamento carcerario, cfr. Corte EDU, sent. 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*.

¹¹¹ Sull'esigenza di individuare una soglia minima di sostenibilità costituzionale che incida sulla quantificazione della sanzione si veda O. ROSELLI, *Per una quantificazione della pena detentiva conforme a Costituzione*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 401 ss.; con riguardo esclusivo allo standard del sovraffollamento, cfr. A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazioni dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1259 ss., che vorrebbe assegnato al giudice di sorveglianza il potere di «disporre che, a capienza carceraria esaurita, ad ogni nuovo detenuto in ingresso corrisponda un detenuto in uscita, avviato a misure alternative (detenzione domiciliare, *in primis*) e individuato secondo una graduatoria decrescente, secondo una scala di priorità» e con riferimento alla «capienza regolamentare». In tema si veda anche G. GIOSTRA, *Sovraffollamento delle carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 55 ss.

¹¹² È quanto si trova scritto, con particolare nettezza, nel comunicato stampa diramato dalla Corte costituzionale il 9 ottobre 2013 (data dell'assunzione della decisione), consultabile in www.cortecostituzionale.it. Da sottolineare che il predetto, incisivo, comunicato è stato diramato il giorno successivo al noto *Messaggio alle Camere sulle condizioni delle carceri italiane* del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano (8 ottobre 2013).

¹¹³ Un monito, o qualcosa di più, al legislatore, che induce a ritenere che l'occasione «mancata» per assicurare un'immediata tutela a questo fondamentale diritto del detenuto sia soltanto «rinviata», ove non si assicuri un reale (e costante) miglioramento delle condizioni materiali dei nostri istituti penitenziari. Sul punto rinvio al mio commento dal titolo *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. Cost.*, 2013, 4549. Cfr., inoltre, i commenti di: A. MACCHIA, *Il problema del sovraffol-*

Non può essere esclusa, insomma, ove si determini ancora una situazione di sovraffollamento, l'ipotesi di una futura pronuncia nel merito della Corte costituzionale, sollecitata dalla magistratura di sorveglianza magari su una delle norme che disciplinano le misure alternative alla detenzione¹¹⁴ o perfino, di nuovo, sullo stesso art. 147 cod. pen. Non si farebbe altro che seguire soluzioni praticate o indicate come possibili da altre Alte Corti¹¹⁵, affermando la necessità della rinuncia alla (o del rinvio della) esecuzione della pena carceraria quando, nelle condizioni date di sovraffollamento, questa certamente si tradurrà in un trattamento inumano.

A imporlo sarebbe, ancora una volta, la *necessità di assicurare il rispetto della dignità in carcere ossia di un valore che non tollera riduzioni* e che esclude la possibilità stessa dell'impiego dell'argomento – spesso evocato in materia – della inesigibilità della pretesa¹¹⁶ ove, appunto, riferito al *fondamentale «diritto a un'esecuzione della pena non disumana»*¹¹⁷.

*lamento nelle carceri ovvero, aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013, in Rassegna penitenziaria e criminologica, fasc. 2/2013, 221 ss.; 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 Consulta OnLine, www.giurcost.org, 21 novembre 2013; E. Malfatti, «Oltre le apparenze»: Corte costituzionale e Corte di Strasburgo «sintoniche» sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere, in www.forumcostituzionale.it, 16 dicembre 2013; G. Sorrenti, La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al «seguito» legislativo interno, in Consulta OnLine, www.giurcost.org, 6 marzo 2014; E. Frontoni, Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale, in www.federalismi.it, 30 aprile 2014, fasc. 9/2014; nonché F. Della Casa, Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento, e A. Pugiotto, L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario), in *Giur. Cost.*, 2013, rispettivamente 4533 ss. e 4542 ss.*

¹¹⁴ Come prefigurato da A. Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2013, 13 s.

¹¹⁵ Cfr., rispettivamente: Corte suprema degli Stati Uniti, *Brown v. Plata*, 23 maggio 2011; Tribunale costituzionale tedesco, ord. 22 febbraio 2011, 1 BvR 409/11. La Corte suprema degli Stati Uniti, con la decisione *Brown v. Plata*, ha confermato l'ordine emesso il 5 agosto 2009 da un collegio di tre giudici federali che aveva imposto al Governo della California il rilascio di 43.000 detenuti al fine di far fronte all'endemico problema del sovraffollamento carcerario, causa di violazione dei diritti costituzionalmente garantiti dei detenuti (*in primis* del diritto alla salute). La Corte americana ha valutato positivamente la soluzione del rinvio dell'esecuzione della pena, sulla base dell'assunto per cui «un istituto di detenzione che privi i detenuti del minimo supporto, tra cui un livello minimo di trattamento sanitario, è incompatibile con il concetto basilare di dignità umana e non può trovare accoglimento in una società civilizzata». Analogamente, il Tribunale costituzionale tedesco, in un passaggio della ordinanza sopra richiamata (riguardante la questione del diniego del sussidio per le spese processuali richiesto da un ex detenuto che intendeva agire per risarcimento dei danni conseguente a reclusione in condizioni contrarie alla dignità umana), ha affermato che non è da escludere che si debba giungere alla liberazione del detenuto quando, per motivi di sovraffollamento, non sia possibile assicurare una sistemazione umanamente dignitosa. Il Tribunale costituzionale non ha escluso che i soggetti detenuti in condizioni incompatibili con la dignità umana possano richiedere «l'interruzione oppure il rinvio della pena», potendosi configurare, sia pure come *extrema ratio*, un dovere dello Stato di rinunciare in tali casi all'esecuzione della condanna. Tale orientamento è stato poi ribadito in una successiva sentenza del 7 novembre 2011, in relazione a una custodia cautelare (*Untersuchungshaft*).

¹¹⁶ Giova richiamare l'insegnamento di G. Silvestri, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1181, che considera la dignità non suscettibile «di riduzioni per effetto di un bilanciamento», in quanto «essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima».

¹¹⁷ Che ho definito in più sedi come «diritto ad avere diritti» in ambito penitenziario (cfr., in particolare, M. Ruotolo, *L'incidenza della CEDU*, cit., 5), sviluppando la generale riflessione sui rapporti tra libertà, dignità e diritti offerta da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, capitoli V, VI e VII.

Un diritto, quest'ultimo, alla cui più completa emersione ha dato senz'altro un contributo importante la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 CEDU¹¹⁸, ma che è, a mio giudizio, già agevolmente ricavabile dagli artt. 27 e 13, quarto comma, 2 e 3 della Costituzione italiana. Ed è proprio interpretando le predette disposizioni costituzionali, anche alla luce degli apporti della CEDU e della sua Corte, che può altrettanto agevolmente ricavarsi l'esigenza non solo del riconoscimento ma anche di un'effettiva tutela di quel diritto¹¹⁹. Sul punto, forse, la nostra Corte avrebbe potuto e sicuramente potrà fare di più.

D'altra parte, come ha riconosciuto Gaetano Silvestri – all'epoca Presidente della Corte costituzionale – la **sent. n. 279 del 2013** è stata una decisione «sofferta», un «estremo atto di deferenza verso il legislatore e le autorità politiche»¹²⁰, che ben giustifica il pressante invito a intervenire, proprio perché a venire in gioco è il rispetto della dignità delle persone¹²¹.

Come ha scritto ancora Silvestri, «quando la *judicial deference* finisce per privare i diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*»¹²².

4. Una breve conclusione: i limiti dell'approccio giurisprudenziale per la risoluzione dei problemi penitenziari e il fondamentale "criterio di orientamento" desumibile dalla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei detenuti

Le parole di Silvestri preludono idealmente alle mie considerazioni conclusive. Il rapido e incompleto quadro che ho offerto sulla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti dei

¹¹⁸ Che, come si è già sottolineato, sancisce il divieto "inderogabile" della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti.

¹¹⁹ Da riguardare, a questo punto, anche come "obbligo internazionale" che vincola il legislatore italiano ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

¹²⁰ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 185.

¹²¹ Occorre senz'altro raccogliere l'invito formulato ai giuristi da Papa Francesco in un recente *Discorso*, nel quale si lamenta l'affievolimento della concezione del diritto penale come *ultima ratio* e del dibattito sulla sostituzione del carcere con altre sanzioni penali alternative. «In questo contesto – scrive Papa Francesco – la missione dei giuristi non può essere altra che quella di limitare e di contenere tali tendenze», alimentate dalla «convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali», ottenere quei benefici che invece richiederebbero «l'implementazione di altro tipo di politica sociale, economica e di inclusione sociale» (in argomento si veda *infra* note 126 e 127). A venire in questione – come si legge nella *Conclusione* del *Discorso* del Papa – è proprio il tema del rispetto della dignità umana. «La cautela nell'applicazione della pena dev'essere il principio che regge i sistemi penali, e la piena vigenza e operatività del principio *pro homine* deve garantire che gli Stati non vengano abilitati, giuridicamente o in via di fatto, a subordinare il rispetto della dignità della persona umana a qualsiasi altra finalità, anche quando si riesca a raggiungere una qualche sorta di utilità sociale. Il rispetto della dignità umana non solo deve operare come limite all'arbitrarietà e agli eccessi degli agenti dello Stato, ma come criterio di orientamento per il perseguimento e la repressione di quelle condotte che rappresentano i più gravi attacchi alla dignità e integrità della persona umana». Così PAPA FRANCESCO, *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, Roma, Sala dei Papi, 23 ottobre 2014 (reperibile in www.vatican.va).

¹²² G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 186.

detenuti porta, infatti, a rilevare un *pericoloso e preoccupante vuoto sul piano delle decisioni politiche*, al quale la Corte può soltanto parzialmente sopperire¹²³.

Le recenti scelte normative – per lo più configurate in termini emergenziali, come dimostra pure la “fonte” in prevalenza utilizzata (vale a dire il decreto-legge), e indotte dall’esigenza di “rispondere” ai rilievi della Corte europea dei diritti dell’uomo¹²⁴ – sono senz’altro un segnale incoraggiante, se non altro per l’effetto prodotto sul piano della riduzione della popolazione detenuta¹²⁵. Ma la “rotta” per una *nuova cultura delle pene* deve essere ancora delineata, in una chiara prospettiva di *valorizzazione delle sanzioni non carcerarie* (“come punire”)¹²⁶ e, a monte, in un *diverso approccio alle questioni penali e sociali* (“chi e

¹²³ Per qualche considerazione ulteriore su questo punto rinvio al mio *Riflettendo sul senso della pena e sui diritti dei detenuti*, in *Ragion Pratica*, 2014, 466 ss.

¹²⁴ Il riferimento è a tre decreti-legge (decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 94; decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10; decreto-legge 26 giugno 2014, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 117) che, oltre al perseguimento dell’obiettivo di ridurre il numero dei detenuti (realizzato specialmente con la c.d. liberazione anticipata speciale), hanno determinato, tra l’altro, l’introduzione di rimedi preventivi e compensativi per le ipotesi di violazione dei diritti dei reclusi conseguenti a situazioni di sovraffollamento carcerario, nonché, finalmente, provveduto all’istituzione della figura del *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, peraltro resa “operativa” con la nomina del relativo Collegio solo nel febbraio 2016. Su questi interventi normativi cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

Si sottolinea altresì l’importanza della legge che ha disciplinato la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato, che, anche con riferimento agli “adulti”, consente l’affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma di trattamento che può comprendere «condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa»: legge 28 aprile 2014, n. 67. Né può essere sottovalutata l’importanza, anche in termini di deflazione carceraria, della **sent. n. 32 del 2014**, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost., di disposizioni che avevano unificato il trattamento sanzionatorio per i delitti concernenti le droghe “pesanti” e le droghe “leggere”.

¹²⁵ Al 30 aprile 2016 i detenuti presenti negli Istituti penitenziari erano 53.725. All’epoca della sentenza Torreggiani (30 aprile 2013) erano 65.917 (dati DAP - Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria).

¹²⁶ Si chiede G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del «capro espiatorio». Del paradosso della dignità in carcere*, in *Diritto e Società*, 2015, 1 ss., se il carcere sia davvero un modo efficace per far pagare all’autore di un crimine il suo “debito” verso la società. La risposta negativa si fonda sulla constatazione che il carcere «è solo il modo di soddisfare una pulsione sociale che richiede segregazione ed espiazione attraverso il dolore». Di qui la chiara propensione dell’Autore verso sanzioni restitutorie e risarcitorie del danno commesso, «con gravosi interessi che intacchino le stesse condizioni di vita del condannato il quale, dopo la condanna, non possa disporre delle medesime di prima», dovendo cambiare vita. Di qui il *favor* verso forme di “giustizia riparativa” che contribuiscano a mutare le «coordinate con le quali concepiamo il crimine e il criminale: da fatto solitario a fatto sociale; da individuo rigettato dalla società a individuo che ne fa pur sempre parte, pur rappresentandone un aspetto patologico» (p. 11).

L’esigenza di un più ampio utilizzo di sanzioni non detentive quali pene principali è d’altra parte messa da tempo in evidenza dalla dottrina penalistica. Si vedano, tra gli altri: G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. Giust.*, 1991, 13 ss.; F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. Pen.*, 1992, 215 ss.; L. EUSEBI, *La pena «in crisi». Tra crisi dell’esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 493 ss. Gli auspici si sono tradotti nell’autorevole previsione di C. ROXIN, *Ha un futuro il diritto penale?* (1998), in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell’uomo e sistema penale*, II, Napoli, 2002, 543, per cui *la pena carceraria ha «ormai alle spalle il suo momento migliore e cederà sempre più il passo»*.

Indicazioni importanti nella direzione della maturazione di una nuova cultura della pena possono trovarsi anche nel recente *Documento finale* del Comitato di esperti degli «Stati generali sull’esecuzione penale», istituito con d.m. 8 maggio 2015 (il *Documento*, così come le *Relazioni* dei 18 Tavoli tematici nei quali si è articolata l’iniziativa promossa dal Ministero della Giustizia, si trova sul sito www.giustizia.it).

Anche qui può essere utile riportare i dati, che, al 30 aprile 2016, indicano un numero di 33.754 persone nell’ambito della generica voce «Misure alternative, lavoro di pubblica utilità, misure di sicurezza, sanzioni sostitutive e messa alla prova» (fonte Ministero della Giustizia). In questo ambito, va precisato che le persone nei con-

perché punire”)¹²⁷. Il compito è arduo e richiede la condivisione di un “fine”, l’impegno comune per un «progetto di giustizia» che sia fondato sulla «restaurazione e sulla ricostruzione del legame sociale»¹²⁸. Proprio la condivisione del fine potrà contribuire a una più efficace ricerca dei mezzi idonei a realizzarlo, con risposte sanzionatorie diversificate (che riconoscano il dovuto spazio anche alla posizione della “vittima”¹²⁹), ma sempre fondate su un proces-

fronti delle quali sono applicate le c.d. misure di *probation* (affidamento, lavoro di pubblica utilità e messa alla prova) erano al 31 dicembre 2015 ben 24.806.

¹²⁷ Scrive il Ministro della Giustizia A. ORLANDO, nella *Presentazione* degli «Stati generali sull’esecuzione penale», che l’obiettivo dell’iniziativa è quello di contribuire a realizzare «un modello di esecuzione della pena all’altezza dell’articolo 27 della nostra Costituzione» (documento consultabile sul sito www.giustizia.it). Una confortante ammissione di responsabilità, cui dovrebbe accompagnarsi il riconoscimento della inadeguatezza delle politiche sociali: non è soltanto il modello di esecuzione della pena, ma è anche, e forse ancor più, il modello di *Welfare* che non è all’altezza della Costituzione! L’interdipendenza tra politiche sociali e politiche penali è da tempo messa in evidenza dalla dottrina e, con particolare efficacia, nei lavori di D. MELOSSI – M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977; A. BARATTA, *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 257 ss.; ID., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA – M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 23 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992, 83 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, 54 ss.; D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nella società contemporanea* (2001), tr. it., Milano, 2007, 104 ss.; M. PAVARINI, *Governare la penalità. Sistema sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla penalità*, Bologna, 2013. Al riguardo si è recentemente parlato del carcere come “discarica sociale”: A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione giustizia*, 2009, 102, il quale sottolinea che «le politiche securitarie, essendo dissociate da interventi di carattere sociale, aumentano, con il concorso delle politiche economiche liberiste, le aree della precarietà sociale e, quindi, allargano il bersaglio di tali politiche e, per tale via, del precariato e della povertà sociali». Non si tratta di fenomeno recente, né di questione esclusivamente riguardante il nostro Paese. Basti pensare al rilievo di L. WACQUANT, *Parola d’ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano, 2000, 58, riferito al periodo 1983-1997, circa l’«annerimento» continuo della popolazione detenuta» negli Stati Uniti, composta in prevalenza da afroamericani. Significativamente, in lingua originale il lavoro di Wacquant si intitola *Les prisons de la misère* e dimostra impietosamente, anche con riguardo all’Europa, come le politiche criminali colpiscano sempre più i ceti poveri. Analoghi rilievi possono trovarsi in E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, II edizione, Torino, 2004, 117: «la politica di incarcerazione e repressione penale non viene usata tanto per rispondere allo sviluppo della criminalità, che è rimasta più o meno costante nel periodo in cui si sono affermate le nuove politiche penali, quanto per far fronte alla destrutturazione sociale provocata dalla ritirata dello Stato assistenziale: stiamo assistendo ad un passaggio dallo Stato sociale allo Stato penale». Più di recente cfr.: M. RUOTOLO, *Carcere e inclusione sociale*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012; S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, 2012.

¹²⁸ P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, testi del 1958 e del 2002, raccolti da L. Alici, Brescia, 2012, 82. Secondo il filosofo francese «retribuire» è escludere, mentre «restaurare e ricostruire» significherebbe re-includere. In questa prospettiva il riferimento prioritario non è il colpevole (la riabilitazione), né la vittima (la riparazione), né la legge (la retribuzione per la sua infrazione), ma è il legame organico che fa tenere insieme una comunità umana.

¹²⁹ In questo ambito molteplici sono ormai i lavori sulla c.d. giustizia riparativa, esaminata sotto diverse prospettive. Per un approccio multidisciplinare al tema si vedano, di recente, i contributi pubblicati in G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015. Specifico richiamo meritano i lavori di Adolfo Cerretti, tra i quali, oltre al contributo pubblicato nel libro prima citato (*La giustizia riparativa di fronte al problema del male. Brevi riflessioni*, 155 ss.), si indicano: A. CERRETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III: *Criminologia*, Milano, 2000, 713 ss., nonché, da ultimo, il volume curato con C. Bertagna e C. Mazzucato dal titolo *Il libro dell’incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2015.

Occorre altresì ricordare che già G. DEL VECCHIO, *La giustizia (Appendice: Sul fondamento della giustizia penale)*, III ed., Roma, 1946, 192, scriveva che al *malum actionis* del delitto dovrebbe opporsi non tanto un *malum passionis*, quanto «un *bonum actionis*, ossia un’attività in senso contrario dell’autore del delitto medesimo, il quale ne annulli o ne riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile».

so di *autodeterminazione* e di *responsabilizzazione* del suo destinatario¹³⁰. Solo così l'istituzione potrà divenire promotrice, senza paternalismi, di occasioni che consentano al singolo di "riappropriarsi della vita", senza far prevalere quella logica correzionalista, sempre latente, che può essere alimentata da un'errata (in quanto antistorica¹³¹) lettura del termine "rieducazione" utilizzato nell'art. 27 Cost.¹³².

Dalla giurisprudenza costituzionale credo siano desumibili chiare indicazioni rispetto al fine indicato, ancorché troppo spesso non colte nella *vulgata* politica, propensa piuttosto a enfatizzare il solo contributo della giurisprudenza di Strasburgo. Una più approfondita conoscenza delle pronunce della Corte costituzionale agevolerebbe pure la più puntuale definizione del principio ispiratore della riforma, da molti auspicata, dell'ordinamento penitenziario¹³³. Intanto, nell'attesa che la politica superi il suo "stato di quiete"¹³⁴ – che, già consistente

¹³⁰ Già nel 1977, M. CHIAVARIO, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in L. ELIA – M. CHIAVARIO (a cura di), *La libertà personale*, Torino, 1977, 282, sottolineava come l'ordinamento penitenziario si preoccupasse «di allargare – sia pure con notevoli limiti, non sempre giustificati – gli spazi di autonomia e di consapevole partecipazione dell'individuo, di contro [...] ad un'ottica di onnipresente costrizione». È dunque una strada – quella della responsabilizzazione del detenuto – che già può essere perseguita a legislazione invariata (il che non toglie che anche sul punto l'ordinamento penitenziario necessiti di essere riformato). Lo coglie benissimo, affrontando il tema delle c.d. buone prassi, uno dei più capaci dirigenti penitenziari, il quale ha scritto che «non solo deve essere stimolata la partecipazione del detenuto, ma si può anche valorizzare la sua capacità di padroneggiare il processo di sviluppo delle attività» che è chiamato a svolgere: C. CANTONE, *La funzione delle buone prassi in un sistema penitenziario moderno*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, cit. 110.

¹³¹ La concezione "correzionale" della pena, ben espressa nella frase – contenuta nello Statuto di Roma e ricordata da C. CIRILLO FORNILI, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, 178 ss. – «*poena est emendatio hominum*», comportò il superamento dell'antica concezione ulpianiana della pena come «*noxae vindicta*», segnando un primo passo verso «l'aspetto rieducativo di recupero dell'individuo e della società». Tuttavia, come rileva lo stesso Autore, tale concezione, sulla quale s'insistette «continuamente nei trattati dei diversi e numerosi penalisti del '600», era fondata sulla convinzione che «il supplizio del reo» comportasse «la redenzione degli altri e anche dello stesso», e che si potesse porre rimedio alla delinquenza «terrorizzando con la crudezza delle pene: il terrore della pena s'identificava con la prevenzione al delitto».

¹³² Come ha scritto S. MOCCIA, *Riflessioni sparse su persona, pena e processo*, in M. AMISANO – M. CATERINI (a cura di), *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, Napoli, 2012, 116 s., «se io voglio restare desocializzato, o peggio, cattivo, lo posso fare, anzi, devo essere difeso nel mio diritto di essere "cattivo", però, non devo aggredire gli altri, i loro beni; nel mio intimo posso essere come mi pare, non ho alcun dovere giuridico di diventare "buono", però non debbo, ribadisco, offendere i diritti degli altri. Dunque, posso essere "ri-legalizzato", ma non "ri-moralizzato", anzi la mia immoralità può essere difesa come un mio diritto, l'importante è che dal mio modo di vedere non scaturiscano danni ad altre persone, quindi, si può essere buoni, santi, cattivi o pessimi quanto si voglia, purché si rispettino gli altri».

¹³³ È proprio sul piano della definizione dei principi che presenta i maggiori difetti il disegno di legge, approvato dalla Camera dei deputati, recante «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena» (AS 2067). La c.d. "delega penitenziaria" presenta aporie anche sul piano dei "criteri direttivi", come evidenziato dalla dottrina e come, in parte, ha colto lo stesso legislatore, il quale ha apportato, alla Camera dei Deputati, alcuni emendamenti all'esito del dibattito parlamentare: si vedano i contributi del *Working paper* intitolato *Carceri: materiali per la riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015.

¹³⁴ La recente iniziativa degli «Stati generali sull'esecuzione penale» può essere considerata un buon segnale, ma si tratta di attendere un suo "seguito" politico, ora che l'attività degli "esperti" si è conclusa con la pubblicazione del citato *Documento finale* (il quale, come già scritto, si accompagna alle specifiche *Relazioni* dei 18 Tavoli tematici). Per qualche approfondimento e per un giudizio sull'iniziativa rinvio a M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 11 marzo 2016.

di per sé quando a venire in gioco è il tema del rispetto dei diritti nell'esecuzione penale, tende ad accrescersi ulteriormente in periodi di competizione elettorale – molto può e deve fare l'amministrazione, interpretando e attuando le disposizioni del diritto penitenziario alla luce della Costituzione e degli obblighi internazionali¹³⁵.

Anche in quest'ambito – per limitarsi al tema dei diritti dei detenuti, senza comprendere la più generale e centrale questione dell'esecuzione penale esterna¹³⁶ – un *criterio di orientamento* lo possiamo agevolmente *trarre dalla giurisprudenza costituzionale*, estrapolandolo da un passo della **sent. n. 135 del 2013**, che ha risolto un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Magistratura di sorveglianza nei confronti del Ministro della Giustizia: «*l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può [...] 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 un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione*». Quello indicato è senz'altro un *criterio di giudizio* che la Corte utilizza per valutare anche le questioni di *legittimità costituzionale*, ma deve essere pure un *metro di valutazione per il giudice della sorveglianza* e, ancora prima, un *elemento condizionante le scelte dell'Amministrazione*. Ed

Già prima di questa iniziativa non sono mancate proposte ed elaborazioni sviluppate da svariate Commissioni o Gruppi di studio. Solo limitandosi agli ultimi quattro anni si possono citare le seguenti iniziative che sono sempre sfociate in *Relazioni* o *Documenti finali* di interesse per il nostro tema: Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica (che ha prodotto il *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattamento per migranti in Italia*, 2012, www.senato.it); Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale (istituita con d.m. 10 giugno 2012 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, la quale ha prodotto nel dicembre 2013 una *Relazione* reperibile in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014); Gruppo di studio ministeriale istituito con D.M. 14 dicembre 2012 per elaborare una proposta di revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione (istituito con d.m. 14 dicembre 2012 e presieduto dal prof. Antonio Fiorella, la cui *Relazione* è stata prodotta nell'aprile 2013 ed è pubblicata in www.giustizia.it); Commissione ministeriale per elaborare una proposta di interventi in materia di processo penale (istituita con D.M. 10 giugno 2013 e presieduta dal dott. Gianni Canzio, la cui relazione è stata prodotta nel novembre 2013 ed è pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2014); Commissione ministeriale di studio in tema di interventi in materia penitenziaria (istituita con d.m. 13 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Mauro Palma, il cui *Documento finale*, presentato al Ministro della Giustizia il 25 novembre 2013, è pubblicato in www.giustizia.it); Commissione ministeriale di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione (istituita con d.m. 2 luglio 2013 e presieduta dal Prof. Glauco Giostra, la quale ha prodotto nel dicembre 2013 un *Documento finale*, reperibile in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2013); Commissione mista per lo studio dei problemi della Magistratura di sorveglianza (presieduta dal Prof. Glauco Giostra, la cui *Relazione* è stata pubblicata nei *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 2013, con il titolo *Sovraffollamento carceri: una proposta per superare l'emergenza*); Commissione ministeriale per l'elaborazione di proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega 28 aprile 2014, n. 67 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione (istituita con d.m. 27 maggio 2014 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, la quale ha prodotto una *Relazione* nel dicembre 2014, reperibile nel sito del Senato, www.senato.it, dicembre 2014).

¹³⁵ Avendo il "coraggio" di abbandonare un atteggiamento troppo supino al dato letterale della legge che è talora preferito in quanto indubbiamente deresponsabilizzante: M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 104.

¹³⁶ La Corte costituzionale ha dato pure qui un importante contributo, specie con interventi orientati ad ampliare gli spazi di fruibilità delle misure alternative alla detenzione. Richiamo, per tutte, la **sent. n. 179 del 2013**, relativa al lavoro di pubblica utilità, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 54, comma 2, del d.lgs. n. 274 del 2000 (per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.), nella parte in cui non prevede che, su richiesta del condannato, il giudice possa ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità «fuori dall'ambito della provincia in cui risiede». Per un commento a questa decisione rinvio a M. RUOTOLO, *Brevi note sulla «addizione tra virgolette» compiuta dalla Corte in materia di lavoro di pubblica utilità*, in *Giur. Cost.*, 2013, 2621 ss.

è pure un esempio di come, attraverso l'attività *“maieutica”* esercitata dalla nostra Corte avvalendosi di un ormai ricco *“armamentario decisorio”*¹³⁷, sia possibile *ricavare*, dalle formule costituzionali e dalle talora lacunose disposizioni legislative, *“principi” idonei a illuminare l'operato dei diversi soggetti istituzionali che concorrono all'attuazione della Carta fondamentale, nonché*, come abbiamo visto in altri casi qui trattati, *“regole” indispensabili per assicurare una maggiore conformità del sistema normativo a Costituzione. Se quei “principi” non sono svolti, se quelle “regole” non sono poste, ben si giustifica un'attività “maieutica” dell'organo di giustizia costituzionale, specie in un settore, qual è quello penitenziario, ove, come si è già scritto, lo “stato di quiete” della politica raggiunge apici oggettivamente imbarazzanti.*

¹³⁷ Di esercizio di attività «maieutica» della Corte costituzionale già discettava F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e l'attività «maieutica»* (1961), in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, 251 ss., specie 261 ss., criticando, in particolare, il ricorso alle decisioni interpretative di accoglimento. La preferenza per la sentenza di accoglimento pura e semplice è riferita a una precisa esigenza che l'Autore espone con molta chiarezza: «quando si vuol far pulizia, accade talvolta che con le scorie, i rifiuti e la polvere si sia costretti a gettar via qualcosa di buono; però si è costretti a questo perché si ritiene che la cosa più importante sia quella di fare pulizia. Così è da augurarsi che la Corte agisca con decisione, non usando la sua arte “maieutica” se non quando ciò sia assolutamente inevitabile. [...] Che se [...] dai testi fosse desumibile alcunché di utile, sarebbe compito degli organi legislativi, sulla base dell'insegnamento della Corte, agire di conseguenza. [...] Se poi si determinassero nell'ordinamento certe lacune, non la Corte dovrebbe di questo preoccuparsi, come essa stessa ha fatto rilevare (sent. n. 59 del 1958)» (p. 266 s.). Di là dalla possibilità di porre la questione in altri termini da un punto di vista teorico, ciò che può oggi rilevarsi, a cinquantacinque anni dalla riflessione di Pierandrei, è la sempre più evidente e patologica inerzia del legislatore nel dare seguito alle pronunce della Corte costituzionale, pure in quei casi in cui è la stessa tecnica decisoria utilizzata a imporlo (si pensi alle c.d. additive di principio). Il che non può non aver avuto riflessi anche sul piano del concreto svolgimento dei compiti della Corte costituzionale, sempre più chiamata a svolgere una funzione di *“supplenza”* nei confronti del legislatore.