

N. 22 (Nuova serie)

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DI RICERCA BIOETICA

Sede (Direzione e Segreteria):

AOU Federico II Edificio 20, piano I – Via Pansini 5 – 80131 Napoli

Sala riunioni degli organi collegiali:

Cortile delle Statue, Via Mezzocannone, 8 – 80134 Napoli

UNIVERSITÀ CONVENZIONATE E ADERENTI: Università degli Studi di Napoli Federico II, Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. S. Tommaso, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale', Università degli Studi Parthenope, Università degli Studi di Salerno, Università degli Studi del Sannio.

DIRETTORE: Andrea Patroni Griffi

VICE DIRETTORE: Giuliana Valerio

CONSIGLIO DIRETTIVO: R. Bonito Oliva; P. Buono; L. Canzoniero; G. Carillo; C. Casella; A. Cavaliere; L. Chieffi; A. Cusano; L. D'Alessandro; M. del Tufo; P. Giustiniani; V. Ivone; F. M. Lucrezi; C. Matarazzo; E. Mazzarella; V. Nigro; A. Papa; A. Patroni Griffi; S. Purcaro; N. Rotundo; G.F. Russo; G. Sciancalepore; A. Tartaglia Polcini.

COMMISSIONE SCIENTIFICA: P. Amodio; C. Bianco; G. Capo; V. Carofalo; G. Castaldo; A. Cesaro; N. Colacurci; C. De Angelo; F. De Vita; F. del Pizzo; F. Galgano; L. Gatt; C. Ghidini; E. Imparato; L. Kalb; S. Marotta; F. Mazzeo; F. Russo; D. Scarpato; G. Vacchiano; G. Valerio; V. Verdicchio; V. Zambrano; I. Zecchino; M. C. Zurlo.

MEMBRI COOPTATI NELLA COMMISSIONE SCIENTIFICA: G. Aliotta; C. Buccelli; G. Cacciatore; G. Cantillo; E. D'Antuono; E. Di Salvo; L. Ferraro; A. Lepre; G. Lissa; C. Polito; L. Romano; G. Rossi; A. Russo; P. Stanzione; A.M. Valentino; M. Villone.

RAPPRESENTANTI DEGLI STUDIOSI AFFERENTI E ADERENTI: R. Catalano; S. Prisco; R. Prodomo; E. Tagliatela.

COMITATO CONSULTIVO

G. Attademo; R. Landolfi; F. Miano; P. Valerio

'QUADERNI DI BIOETICA' NUOVA SERIE

DIRETTORI: Claudio Buccelli, Lorenzo Chieffi, Enrico Di Salvo, Giuseppe Lissa, Andrea Patroni Griffi

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE: X. Bloy (Université Toulouse Capitole) A. Bondolfi (Université de Genève); D. Borrillo (CNRS-CERSA, Université Paris II); A. Carmi (Chairholder of the Unesco Chair in Bioethics); S. Gandolfi Dallari (USP-Universidade de São Paulo); J. R. Salcedo Hernández (Universidad de Murcia); A. Mordechai Rabello (Università di Gerusalemme e di Safed); J. Robelin (Université de Nice Sophia Antipolis).

SALUTE E DIGNITÀ UMANA IN CARCERE

Orientamenti bioetici

a cura di
Lorenzo Chieffi

Il volume, pubblicato con il contributo del CIRB-Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica di Napoli, raccoglie i risultati di un progetto di ricerca promosso da quest'ultimo e del progetto Pro-Human Biolaw - El Bioderecho como herramienta global para la protección de los derechos humanos, realizzato nell'ambito dell'ERASMUS+ Acción K2 de Desarrollo de Capacidades – Diseño Curricular (R8 – Latinoamérica), Ref. 609979-EPP-1-2019-1-ES-EPPKA2-CBHE-JP.

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Quaderni di bioetica*, n. 22
Isbn: 9791222302713

© 2023 – MIM EDIZIONI SRL
Piazza Don Enrico Mapelli 75
20099 Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 21100089

INDICE

INTRODUZIONE

Lorenzo Chieffi

UMANIZZAZIONE DELLA PENA E RISPETTO DELLA DIGNITÀ IN CARCERE 13

CAPITOLO PRIMO SALVAGUARDIA DEL DIRITTO ALLA SALUTE NEI LUOGHI DI DETENZIONE

Luigi Kalb

LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE A FAVORE DEI DETENUTI
NELL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO 43

Vitulia Ivone

I FRAGILI CONTORNI DEL DIRITTO ALLA SALUTE DELLE PERSONE PRIVATE
DELLA LIBERTÀ PERSONALE 67

Giovanni Chiola

L'INSUFFICIENZA DEL RICOVERO NELLE REMS E LA COMPRESSIONE
DELLA DIGNITÀ DEGLI AUTORI DI REATO CON PATOLOGIA PSICHIATRICA 87

Gianpiero Coletta

IL PROBLEMA DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO IN ITALIA
E LE STRATEGIE ADOTTATE PER CERCARE DI RISOLVERLO 101

Francesca Di Lella

IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO
QUALE PRESIDIO DI TUTELA DELLA SALUTE E DELLA DIGNITÀ DEI DETENUTI 119

<i>Andreina Alfieri, Ferdinando Ivano Ambra, Filomena Mazzeo, Maria Luisa Iavarone, Pasqualina Buono</i>	
SALUTE ED ATTIVITÀ FISICA NELLE CARCERI ITALIANE DURANTE L'EMERGENZA COVID-19: "LE VOCI DI DENTRO". UNA INDAGINE MULTIDISCIPLINARE TRA FATTORI DI RISCHIO E FATTORI DI PROTEZIONE PER IL BENESSERE E LA SALUTE IN CONTESTI DI ESECUZIONE PENALE	133

CAPITOLO SECONDO GENITORIALITÀ IN CARCERE E TUTELA DEI MINORI

<i>Marianna Pignata</i>	
(P)RECLUSE. DISCRIMINAZIONE DI GENERE NEI FRENOCOMI GIUDIZIARI TRA OTTO E NOVECENTO	145
<i>Paolo Siani</i>	
BAMBINI INNOCENTI IN CARCERE CON LE LORO MAMME: TRA LIBERTÀ E LEGAME MATERNO	163
<i>Francesco Rossi</i>	
FIGLI MINORI E MADRI DETENUTE. ALLA RICERCA DEL BEST INTEREST OF THE CHILD	173
<i>Roberta Catalano</i>	
FILIAZIONE E STATO DI DETENZIONE	185
<i>Francesco Lucrezi</i>	
IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ DEL DETENUTO. IL CASO DI YIGAL AMIR	201
<i>Gianluca Guida, Alessia Maccaro</i>	
I DIRITTI DEI MINORI DETENUTI	217

CAPITOLO TERZO

IDENTITÀ DI GENERE E DETENZIONE

*Alexander Hochdorn, Rafael Oliveira, Roberto Vitelli, Paolo Cottone,
Daniela Falanga, Fabio Iglesias, Paolo Valerio*

ISTITUZIONI TOTALI, PROCESSI DI ESCLUSIONE E POLITICHE DI INCLUSIONE.

FARE, DISFARE E RIFARE GENERE IN CARCERE E OSPEDALE:

UNO STUDIO COMPARATIVO TRA ITALIA E BRASILE 237

*Francesco Garzillo, Alessia Giacomardo, Sara Schetter,
Fabio Schiattarella, Paolo Valerio*

«FORTUNATO», RIFLESSIONI AL MARGINE DELL'ESPERIENZA:

UN PROGETTO DI INCLUSIONE SOCIO-LAVORATIVA PER DETENUTI ETERO,

GAY E GENDER DIVERSE NELLA CASA CIRCONDARIALE DI POGGIOREALE 267

Carmela Ferrara, Concetta Sorrentino

IL CARCERE E IL MIO CORPO: DUE PRIGIONI.

ETNOGRAFIA DELLA DETENZIONE TRANS 285

CAPITOLO QUARTO

POLITICHE DI RIEDUCAZIONE E DI INCLUSIONE SOCIALE

Gianluca Gentile

L'INVENZIONE PENITENZIARIA E LA CRISI DELLO STATO SOCIALE 305

Carmen Di Carluccio

AL DI LÀ DELLE SBARRE. RIEDUCARE ATTRAVERSO IL LAVORO 323

Raffaella Cristiano

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE NELLE CARCERI 343

Pasquale Giustiniani

DA LUOGO DI DETENZIONE A LUOGO DI REDENZIONE.

UNA PROSPETTIVA DI BIOETICA RELIGIOSA 363

Raffaele Santoro

LE RELIGIONI IN DETENZIONE: FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLE PENE

E DIALOGO INTERCULTURALE 379

CAPITOLO QUINTO
LA CONDIZIONE CARCERARIA
IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz

MORTALIDAD EN EL CONTEXTO PENITENCIARIO, CON ESPECIAL ATENCIÓN
AL FENÓMENO DEL SUICIDIO 399

Emanuela Furramani

IL REGIME SPECIALE NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI DI MASSIMA SICUREZZA
E LA TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI IN ALBANIA 415

Rogério Donnini

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA LESÃO À DIGNIDADE
DOS DETENTOS 431

NOTIZIE SUGLI AUTORI 445

«In generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili»

Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Mursia,
Milano, 1973, 63.

INTRODUZIONE

LORENZO CHIEFFI
UMANIZZAZIONE DELLA PENA
E RISPETTO DELLA DIGNITÀ IN CARCERE

Sommario: 1. Premessa. 2. I progressi garantistici realizzati ai tempi dell'Assemblea Costituente. 3. La salute del detenuto nell'analisi bioetica. 4. L'assistenza psichiatrica per i *rei folli*. 5. Il necessario potenziamento delle REMS. 6. L'eccessivo sovraffollamento delle carceri. 7. Considerazioni conclusive.

1. L'ignobile pestaggio subito nel mese di aprile del 2020 dai detenuti rinchiusi nella Casa circondariale di Santa Maria Capua Vetere ha offerto lo spunto per riflettere su un tema di indubbio interesse etico, oltre che giuridico, relativo alla condizione di quanti sono sottoposti a misure restrittive della libertà personale.

Lo sdegno provocato dalla orribile *mattanza*¹, compiuta da quanti avrebbero dovuto, al contrario, vigilare sulla incolumità dei reclusi aveva indotto l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, Mario Draghi, e la stessa Ministra della Giustizia, Marta Cartabia, a recarsi personalmente (14 luglio 2021) davanti a questo carcere per esprimere la propria solidarietà nei confronti delle vittime della violenza, di cui emergevano inconfutabili prove acquisite dalle telecamere di video-sorveglianza.

A conferma degli abusi perpetrati sono le stesse indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di questa città della Provincia di Caserta² che ha condotto al rinvio a giudizio di centocin-

1 Così definita dal Gip del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, dott. Sergio Enea. Lo stesso Procuratore della Repubblica, presso questo Tribunale, dott. ssa Maria Antonietta Troncone, aveva condannato, attraverso un comunicato stampa (reperibile all'indirizzo https://www.procurasantamariacapuavetere.it/allegatinews/A_47422.pdf), le «condotte violente, degradanti e inumane», messe in atto dagli agenti di polizia penitenziaria, «contrarie alla dignità e al pudore delle persone recluse».

2 A seguito degli arresti domiciliari decisi a carico del Comandante della polizia penitenziaria del carcere di Santa Maria Capua Vetere, accusato di aver coordinato la

que persone, tra agenti della Polizia penitenziaria e dipendenti del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) della Campania. L'ipotesi di reato configurata nell'ordinanza è stata quella di aver tenuto una condotta configurante i delitti di tortura³, maltrattamenti, lesioni personali, abuso di autorità, perquisizioni personali arbitrarie, omessa denuncia e cooperazione nell'omicidio colposo ai danni di un detenuto di nazionalità straniera.

L'avvio di questo approfondimento giudiziario ripropone la questione della violenza nelle carceri italiane che aveva, in passato, già provocato numerose condanne a carico del nostro Paese da parte dalla Corte di Strasburgo⁴, per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Per questo giudice sovranazionale, che è ricorso in uno dei casi denunciati ad una sentenza *pilota*⁵, la condizione di particolare vulnerabilità di quanti si trovano «totalmente sotto la responsabilità dello Stato» avrebbe dovuto condurre coloro che sono investiti della custodia a garantire, nonostante le «esigenze della reclusione», una detenzione compatibile con il «rispetto della dignità umana», in modo da scongiurare stati di angoscia e un eccessivo aggravio delle sofferenze.

Proprio partendo da questa deprecabile vicenda campana, il Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli ha voluto avviare un approfondimento, che ha coinvolto, seguendo le tradizionali prassi, esperti di diverse discipline, umanistiche e scientifiche, per riflettere, anche in una prospettiva comparata, su valori, quali la dignità, l'integrità psico/fisica, l'umanizzazione e capacità rieducativa della pena, che devono inderogabilmente accompagnare l'esistenza di persone assoggettate alla vigilanza dello Stato, soprattutto se appartenenti a categorie considerate più fragili, in quando minori, anziani, donne, disabili, transessuali.

perquisizione straordinaria dei detenuti che poi era degenerata nelle ingiustificate violenze, si pronunciò, seppure in sede cautelare, la Suprema Corte di Cassazione Sez. V, sent. n. 8973/22 del 9 novembre 2021, reperibile all'indirizzo <https://www.giurisprudenzapenale.com/>, confermando la misura in considerazione della gravità dei fatti e del ruolo primario, organizzativo e decisionale, assunto dall'indagato nella vicenda.

3 Cfr. art. 613 bis c.p. introdotto con legge 14 luglio 2017, n. 110.

4 Cfr. Corte EDU, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. 26772/95; Corte EDU, 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. 31143/96. Per la dottrina cfr. V. ZAGREBELSKY, *Biodiritto e detenzione. Orientamento della Corte europea dei diritti umani sui diritti dei detenuti*, in *BioLaw Journal*, n. 4/2022, 23 ss.

5 Cfr. Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

Nel reprimere «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà» (art. 13, 2° co.), il nostro Testo fondamentale esige (art. 27, 2° co.)⁶, invero, a sostegno della sua impostazione personalista, che le pene nella loro esecuzione siano coerenti al «senso di umanità» e possano tendere, qualunque sia la gravità del reato commesso, alla rieducazione del condannato e certamente non alla sua «sopraffazione» o alla «degradazione della personalità»⁷.

L'intento perseguito dal progetto di ricerca che qui si introduce è stato quello di enucleare dai suddetti principi, di derivazione internazionale⁸ e costituzionale, le indispensabili chiavi di lettura che possano

6 Per un approfondito commento dell'art. 27 Cost. cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma terzo Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 222 ss.

7 V. ONIDA, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, n. 11/12, 2002, 20, reperibile all'indirizzo <https://www.sestaopera.it/>. Per la Corte Costituzionale rappresenterebbe una violazione dei propositi garantistici quella pena che, all'opposto, volesse infliggere «inutili e ulteriori» afflittività e limitazioni, in aggiunta alla durezza del regime carcerario (fosse anche del 41-bis, 2° comma, delle norme sull'ordin. penit.) al punto da impedire, ad esempio, qualunque «contatto con le usanze del mondo esterno e con il ritmo dei giorni e delle stagioni, nel fluire di un tempo della detenzione che trascorre altrimenti in una aspra solitudine» (sent. n. 186/2018, che giudicava illegittimo e eccessivamente afflittivo il divieto imposto al detenuto al 41-bis di procedere alla cottura del cibo in cella). Ad analoga conclusione giungeva questo giudice (sent. n. 197/2021) nel prevedere l'opportunità di consentire agli internati in regime differenziale, sulla base di un progetto rieducativo, lo svolgimento di attività lavorative, in coerenza alla necessaria «socialità ed ai movimenti intra moenia», e soprattutto «in vista dell'obiettivo della risocializzazione».

8 Cfr. art. 9 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948 che recita: «*no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile*»; art. 3 della CEDU del 4 novembre 1950 e art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a norma dei quali «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; art 10 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (1966) che, analogamente, statuisce che «1. Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana» e inoltre che «3. Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale. I rei minorenni devono essere separati dagli adulti e deve esser loro accordato un trattamento adatto alla loro età e al loro stato giuridico»; Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, adottata l'11 gennaio 2006; Risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell'UE (2011/2897(RSP)); European Commission, *Recommendation on procedural rights of suspects and accused persons subject to pre-trial detention and on material detention conditions*,

condurre il legislatore statale a sviluppare le necessarie riforme⁹. Un rinnovamento dell'universo carcerario potrebbe certamente contribuire a porre gli opportuni argini che impediscano il ripetersi degli inqualificabili episodi di violenza e consentano, nel contempo, di migliorare la vivibilità in questi luoghi di detenzione, sull'esempio di modelli pure presenti sul territorio nazionale.

A fronte di buone pratiche, riscontrabili all'interno di alcune case di reclusione, come potrebbero essere quella milanese di Bollate¹⁰ o l'Istituto penale minorile di Nisida¹¹, la cattiva esperienza sammaritana rappresenta, invece, l'*iceberg* di perduranti deficienze, evidenziate in buona parte del sistema penitenziario italiano, di tipo strutturale¹², organizzativo, negli organici attualmente disponibili, per tutte le categorie di personale

Brussel, 8 dicembre 2022, C (2022) 8987 final; Standard minimi di tutela in materia di trattamento penitenziario dei detenuti, le *Mandela Rules*, in ricordo dell'ex Presidente del Sud Africa, Nelson Mandela, approvati dalla Commissione delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e giustizia penale il 22 maggio 2015. Per la dottrina cfr. R. CADIN, L. MANCA (a cura di), *I diritti umani dei detenuti tra diritto internazionale ordinamento interno e opinione pubblica*, Napoli, 2016.

- 9 Un'utile rassegna delle problematiche che interessano il sistema carcerario è contenuta nell'*editoriale* di M.P. IADICICCO al n. 4/2022 della rivista *BioLaw Journal* dedicato a *Biodiritto e condizione detentiva*.
- 10 Cfr. L. PAGANO, *Il Direttore. Quarant'anni di lavoro in carcere*, Milano, 2020, 269, che, a riprova del risultato raggiunto dal *progetto Bollate*, riporta il dato positivo delle recidive il cui tasso, «in un orizzonte temporale triennale», è diminuito, «per ogni anno di trattamento», in percentuale maggiore rispetto alle carceri tradizionali. Cfr. anche C. BUCCOLIERO, con S. UCCELLO, *Senza sbarre. Storia di un carcere aperto*, Torino, 2022. Per la ex direttrice del Carcere di reclusione di Bollate (cfr. 32 ss.), questa esperienza positiva, piuttosto che indurre alla edificazione di nuove carceri, che graverebbero eccessivamente sulle finanze dello Stato, dovrebbe spingere le autorità competenti a dedicare maggiore attenzione al miglioramento della vivibilità all'interno delle strutture già esistenti.
- 11 Cfr. P. CIOCIOLA, *Diretto', io andrò in Paradiso. Storie dal carcere minorile di Nisida*, Milano, 2008.
- 12 La Casa circondariale di Santa Maria Capua Vetere, situata a pochi metri da un impianto di trattamento di rifiuti e da una discarica coperta, continuava, al momento dei fatti denunciati, a essere carente di alcuni servizi essenziali, a cominciare dall'acqua corrente. Soltanto dopo la visita al carcere di Mario Draghi e di Marta Cartabia, a distanza di 26 anni dall'inaugurazione della struttura, è stato finalmente garantito (dal mese di dicembre 2022) l'allacciamento alla condotta idrica pubblica. In passato il rifornimento idrico era infatti assicurato dall'impiego di cisterne: cfr. *In carcere Santa Maria Capua Vetere ora c'è l'acqua corrente*, 21 dicembre 2022, in <https://www.ansa.it/campania>.

interessate (agenti penitenziari, mediatori, educatori, assistenti sociali), in molti casi prive della necessaria formazione, anche di tipo psicologico, indispensabile per consentire di affrontare le situazioni di emergenza.

Nonostante la dedizione per il proprio lavoro, certamente mostrata dalla gran parte dei dipendenti dell'amministrazione carceraria, costretti per lo più ad acquisire sul campo la necessaria esperienza, le persistenti carenze ancora riscontrabili nei delicati ingranaggi di questo comparto lavorativo, ha condotto, in non pochi casi, a imprevedibili cortocircuiti in grado di condizionare, in peggio, la vita di quanti popolano quotidianamente i luoghi di restrizione.

2. Le evidenti contraddizioni che ancora caratterizzano il nostro sistema carcerario rappresentano un evidente tradimento degli obiettivi perseguiti dai Padri della Repubblica che intendevano ribaltare la connotazione repressiva, afflittiva e intimidatoria affermatasi, nel sistema di esecuzione della pena, durante il regime fascista¹³. Piuttosto che essere considerata come «misura di difesa sociale», diretta a curare e a rieducare il condannato, la sua irrogazione appariva, a quei tempi, piuttosto come «castigo di retribuzione morale»¹⁴.

Nell'intento di rinvenire una mediazione tra le distinte scuole penali di pensiero, quella classica e quella positiva, il Codice Rocco, approvato con il regio decreto n. 1398 del 19 ottobre 1930, attraverso l'impiego del cosiddetto sistema del *doppio binario*, pervenne infatti a aggravare il portato sanzionatorio della pena, dotandola di una finalità retributiva e oppressiva, attraverso la previsione, in sovrappiù, di «misure di sicurezza detentive comminate a coloro che, riconosciuti colpevoli e condannati, fossero ritenuti anche pericolosi socialmente»¹⁵.

Anche dal punto di vista simbolico, la stessa conformazione architettonica delle carceri, al centro delle città o su piccole isole, sovente nel nostro Mezzogiorno di origine borbonica¹⁶, contribuiva a rafforzare, nella fase di esecuzione della pena, una percezione di soggezione e angoscia.

13 La materia era disciplinata dal Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 787, recante il Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena.

14 O. VOCCA, *Il carcere. Linee di politica criminale*, Napoli, 2003, 71 nota 84.

15 O. VOCCA, *op. ult. cit.*, 74 ss.

16 Tra le carceri di origine borbonica quello di Santa Maria Capua Vetere ha funzionato fino al 1995; di Avellino, fino al 1987; dell'isola di Santo Stefano, fino al 1965; mentre a Procida ha cessato, invece, di operare nel 1988.

Un'assidua presenza del potere *visibile*¹⁷, soprattutto nelle strutture di detenzione di impianto benthamiano¹⁸, avrebbe reso possibile una attenta sorveglianza del detenuto, privato, nei suoi gesti quotidiani, di qualunque intimità e impedito, in considerazione della conformazione delle celle, di ogni socialità con i compagni.

Di contro a questa impostazione afflittiva e securitaria della pena, nel corso del dibattito in Costituente sull'art. 27 fu proposto di inserire nel testo fondamentale che si andava ad approvare una vibrata condanna all'impiego di «pene crudeli»¹⁹, a cominciare da quelle «corporali», comprensive della «segregazione cellulare», «vitto ridotto a pane e acqua» ovvero delle altre misure dello stesso «genere»²⁰, pure definite dall'on. Marchesi come quelle che «inferiscono sul vivo, non quelle che uccidono»²¹, in ogni caso «lesive della dignità della personalità umana»²².

A conclusione del lungo e vivace dibattito ebbe quindi la meglio la previsione in Costituzione del divieto, di portata certamente più ampia e comprensiva, di trattamenti «contrari al senso di umanità»²³, così da esprimere,

17 S. RODOTÀ, *Foucault e le nuove forme del potere*, Milano, 2011, 59.

18 Si deve a Jeremy Bentham l'ideazione nel 1793 della architettura del *panopticon*. Nel consentire l'isolamento dei detenuti in celle, che impediva qualunque contatto con altri reclusi, tali strutture avrebbero reso possibile un «controllo interno, articolato e dettagliato per rendere visibili coloro che vi si trovano» (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, tr. it., Torino, 2014, 188), da parte di sorveglianti situati in una torre collocata al centro del perimetro. Per questo Autore, siffatta organizzazione avrebbe contribuito alla «trasformazione degli individui: agire su coloro ch'essa ospita, fornire una presa sulla loro condotta, ricondurre fino a loro gli effetti del potere, offrirli ad una conoscenza, modificarli».

19 On. L. BASSO, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc. della Comm. per la Cost., sed. del 19 settembre 1946. Le citazioni dei lavori preparatori della Costituzione sono state tratte dai volumi pubblicati a cura della Camera dei Deputati, Segretariato generale, dal titolo *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, 1970, e dal sito internet <https://www.nascitacostituzione.it/index.htm>, a cura di F. CALZARETTI.

20 On. L. BASSO, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc. della Comm. per la Cost., sed. del 19 settembre 1946.

21 On. C. MARCHESI, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc. della Comm. per la Cost., sed. del 19 settembre 1946.

22 On. G. PATRICOLO, in *Atti A.C.*, relazione alla Seconda Sez. della Seconda Sottoc. della Comm. per la Cost., sed. del 12 dicembre 1946.

23 On. MORO, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc. della Comm. per la Cost., sed. del 19 settembre 1946 e sed. del 25 gennaio 1947. Di diverso avviso fu invece l'on. G. BETTIOL, in *Att. A.C.*, sed. del 26 marzo 1947, il quale manifestò la sua contrarietà all'inserimento in Costituzione di una espressione di questo genere. Una siffatta previsione avrebbe potuto, per questo Costituente, «dar luogo a pericolosi equivo-

a giudizio dell'on. Leone, «l'ansia della rieducazione» del condannato²⁴ e certamente non l'esclusiva finalità di «espiazione» e di «castigo»²⁵.

In analoga direzione per l'on. Trimarchi²⁶ la pena, oltre a dover «soddisfare alle esigenze della giustizia, della remunerazione, della prevenzione generale», avrebbe dovuto pure «tendere alla rieducazione del reo, dopo che la giustizia sia stata soddisfatta; perché solo allora la pena» avrebbe risposto alle «esigenze per cui essa si giustificava negli ordinamenti civili». Da qui anche l'esigenza, manifestata dall'on. Maffi²⁷, autore di uno specifico emendamento, di procedere ad una riorganizzazione dell'ambiente carcerario, motivo di desolazione, che si caratterizzava per asprezza del trattamento, da cui derivava un'inaccettabile degradazione del condannato, pure se colpevole per gravi delitti. La riforma degli istituti penitenziari, nei quali «in condizioni inumane trova esecuzione la pena», avrebbe infatti creato le precondizioni per «non ostacolare la riabilitazione dell'individuo»²⁸.

L'obiettivo di prevedere pene rispettose del senso di umanità, in ossequio alla promozione della dignità che doveva essere assicurata ad ogni individuo durante il periodo di reclusione, indusse alcuni Costituenti a prevederne una durata massima nel tempo.

ci» e a difficoltà interpretative da parte di entrambe le scuole che si confrontavano nel diritto penale: quella *classica*, diretta a privilegiare la cd. pena/retributiva, e quella *positiva*, più legata alla cd. pena/preventiva.

24 On. G. LEONE, in *Atti A.C.*, sed. del 15 aprile 1947, il quale intendeva manifestare (cfr. *Atti A.C.*, sed. del 27 marzo 1947) «l'ansia di tutte le coscienze civili e cristiane. La pena, se obbedisce a criteri di giustizia, deve anche obbedire a criteri di carità, di fraternità. Ed è bene che la società, nel momento in cui toglie il più alto bene del cittadino, quello della libertà, gli possa tendere la mano caritatevole, perché sia recuperato, restituito al consorzio umano. (...) Non vi è creatura umana che possa subire da parte della società una condanna fine a se stessa, che pertanto ripudi ogni riflesso di rieducazione».

25 On. G. BASILE, in *Atti A.C.*, sed. del 29 marzo 1947.

26 On. M. TRIMARCHI, in *Atti A.C.*, sed. del 27 marzo 1947.

27 On. F. MAFFI, in *Atti A.C.*, sed. del 15 aprile 1947.

28 On. G. BETTIOL, in *Atti A.C.*, sed. del 26 marzo 1947. Anche per l'on. C. PREZIOSI, in *Atti A.C.*, sed. del 3 marzo 1947, occorreva rivedere il sistema carcerario italiano che, a suo giudizio, avrebbe meritato numerosi «epiteti di vergogna» non solo in quanto «antiquato» ma soprattutto perché «vergognoso». Le carceri, per questo rappresentante del Gruppo Democratico del Lavoro, non dovrebbero «diventare le università del delitto, di tutti i delitti, ma debbono essere un luogo dove il reo possa racchiudersi in se stesso, pentirsi per il delitto e trovare quelle possibilità, attraverso le innovazioni che si potrebbero apportare nel nuovo ordinamento carcerario, che non gli facciano invece – come accade oggi – odiare la società che sembra far di tutto per respingerlo da sé».

Al riguardo, nel corso del dibattito venne presentato un emendamento da parte degli on.li U. Nobile e U. Terracini²⁹ che, nella convinzione della capacità rieducativa della pena, di cui esistevano «sorprendenti» risultati nell'esperienza sovietica, proponeva di prevedere in Costituzione una sua estensione non superiore ai quindici anni, con la conseguenza di pervenire all'abolizione dell'ergastolo, ritenuto ingiustamente afflittivo.

A giudizio dell'on. Fuschini³⁰, che manifestò il suo appoggio alla proposta, l'eventuale superamento di questo limite temporale, nel favorire il «processo di abbruttimento progressivo del detenuto», avrebbe finito per ridimensionare la capacità educativa delle pene.

A conclusione della discussione, respinto l'emendamento, fu invece ritenuto preferibile rinviare la questione alla legislazione penale³¹, giudicata la sede più adatta a circoscrivere gli ambiti temporali della detenzione, riservando al testo costituzionale l'elaborazione dei principi fondamentali della materia.

Tale scelta avrebbe pure evitato una palese incompatibilità con la previsione, in altra disposizione (art. 79 Cost.), della possibile concessione, da parte delle Camere, dell'amnistia e dell'indulto: «con un paio di indulti», affermò con enfasi l'on. Cevolotto³², i quindici anni si sarebbero «ridotti a due o tre soltanto». Piuttosto che definire in modo rigido in Costituzione l'entità massima della detenzione, si sarebbe dovuto piuttosto discutere sulla costruzione di un'adeguata «struttura sociale» e di un «costume, per cui il sistema degli illeciti e delle pene» fosse «configurato in una luce nuova, nell'ambito di una società diversa da quella attuale»³³.

29 Cfr. *Atti A.C.*, Comm. per la Cost., sed. del 25 gennaio 1947.

30 Cfr. On. G. FUSCHINI, in *Atti A.C.*, Comm. per la Cost., sed. del 25 gennaio 1947, a giudizio del quale la soluzione prospettata avrebbe assicurato maggiore ragionevolezza alla pena così da disvelarne «quel velame moralistico» e di «ritorsione della società di fronte al delitto». Analogo favore per l'emendamento presentato dagli on.li U. NOBILE e U. TERRACINI fu espresso dall'on. O. MASTROJANNI, in *Atti A.C.*, Comm. per la Cost., sed. del 25 gennaio 1947, per il quale «la personalità umana, quando è a contatto con tristi ambienti, si corrode, si disgrega, specie se la sensibilità è accentuata».

31 Cfr. on. G. GRASSI, in *Atti A.C.*, Comm. per la Cost., sed. del 25 gennaio 1947. Anche per l'on. A. MORO, in *Atti A.C.*, Comm. per la Cost., sed. del 25 gennaio 1947, la sede legislativa sarebbe stata certamente la più adatta per definire i limiti temporali della pena, attraverso cui si «realizza un emendamento della personalità umana».

32 On. M. CEVOLOTTO, in *Atti A.C.*, Comm. per la Cost., sed. del 25 gennaio 1947.

33 On. A. MORO, in *Atti A.C.*, Comm. per la Cost., sed. del 25 gennaio 1947.

Pur non essendo descritta, nella versione definitiva del Testo fondamentale, la durata della pena, la sua funzione rieducativa avrebbe, in ogni caso, consentito il possibile recupero del condannato e la speranza del suo reinserimento all'interno della collettività.

3. In ossequio ai principi fondamentali elaborati dalla Costituente, ne deriva che in alcun modo la permanenza del detenuto in carcere, per il tempo necessario per l'esecuzione della pena, potrebbe determinare una riduzione della sua assistenza sanitaria, rispetto ai livelli prestazionali di cui dispongono i cittadini *liberi*.

La presenza nei luoghi di reclusione di persone ad *alta vulnerabilità*, determinata generalmente dalle precarie condizioni di salute di partenza, in ragione soprattutto degli stili di vita in precedenza mantenuti (per tossicodipendenza, consumo di alcool, patologie non curate), cui si aggiunge lo stress psicologico (causa di ansia e di assenza di sonno) per essere costretti in spazi ridotti³⁴, dovrebbe, a maggior ragione, condurre coloro che hanno in custodia il recluso ad assicurargli una adeguata e costante assistenza igienica e sanitaria, anche di tipo psicologico, garantendo altresì una corretta alimentazione oltre ad un adeguato esercizio fisico che eviti le conseguenze di una vita sedentaria.

Un'eventuale differenziazione del trattamento assistenziale, in considerazione delle differenti condizioni personali, rappresenterebbe un'inaccettabile discriminazione (art. 3, 1° co. Cost.) e lesione di diritti fondamentali, comprensivi dell'integrità psico/fisica e dignità³⁵, che vengono protetti in Costituzione «attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta in sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»³⁶.

Nonostante le condizioni di privazione della «maggior parte» della libertà personale³⁷, il detenuto dovrà godere delle garanzie assicurate dall'art. 32

34 Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute «dentro le mura»*, 27 settembre 2013, 9, reperibile all'indirizzo <https://bioetica.governo.it/>, a giudizio del quale «il livello di salute, ancor prima dell'entrata in carcere, è mediamente inferiore a quello della popolazione generale».

35 Per l'art. 1, co. 1 delle norme sull'ord. pen. (introdotte dalla legge 26 luglio 1975, n. 354) il trattamento carcerario dovrà conformarsi ai principi di «umanità» e «assicurare il rispetto della dignità della persona».

36 Corte Cost. sent. 26/1999.

37 Per la Corte Cost., sent. n. 349/1993, la reclusione non potrebbe comportare la totale compressione della libertà personale del detenuto, permanendone «sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».

Cost., coerentemente alla *complessità* del diritto alla salute che comprende, allo stesso tempo, una configurazione sociale (cd. diritto pretensivo) accanto ad una soggettiva, come diritto di autodeterminare la propria esistenza.

Alla pari di qualunque individuo in stato di libertà, anche il condannato avrà diritto di accedere ai livelli essenziali di assistenza e di disporre liberamente del proprio corpo (cd. *habeas corpus*) potendo rifiutare le cure, dettare le proprie disposizioni terapeutiche attraverso le DAT (ai sensi dell'art. 4 della legge n. 219/2017³⁸), fino ad accedere all'aiuto al suicidio in presenza delle condizioni previste dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019.

Nella stessa direzione, nessuna costrizione potrà essere imposta dallo Stato nei confronti del detenuto che abbia avviato per protesta uno sciopero della fame, da cui potrebbero anche derivare danni irreversibili alla sua salute. Come giustamente dichiarato dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), a proposito del caso riguardante l'anarchico Alfredo Cospito, siffatto comportamento, che esprime l'*autodeterminazione* e la *libertà morale* dell'individuo, rappresenta allo stesso tempo una «forma di testimonianza e protesta non violenta a difesa di ideali, diritti, valori e libertà» che andrà «sempre pienamente rispettata»³⁹. Non sarebbero pertanto «ammissibili trattamenti diretti a favorire il benessere fisico del detenuto» che si traducevano in «costrizioni violente»⁴⁰.

La valorizzazione della libertà di ciascun individuo di disporre del proprio corpo rispecchia gli spazi di autonomia pure rinvenibili all'interno del Codice di deontologia medica che impone all'operatore sanitario di astenersi da qualunque iniziativa costringitiva o collaborazione a «procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale», in presenza del rifiuto protratto di alimentarsi opposto dal paziente capace di intendere e di volere (art. 53).

In queste circostanze, il medico, dopo aver informato l'interessato sulle conseguenze che potrebbero derivare per la salute da un diniego «protratto di alimentarsi», dovrà desistere da ogni intervento costringitivo⁴¹.

38 Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, 6 marzo 2023, reperibile all'indirizzo <https://bioetica.governo.it/>.

39 COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, cit.

40 COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, cit.

41 In queste circostanze, anziché costringere il detenuto a nutrirsi contro la sua volontà, occorrerebbe piuttosto, a giudizio di L. CESARIS, *La salute nell'ordinamento penitenziario*, in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *La responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, vol. VIII.1, Milano, 2011, 1150,

Nell'eventualità che dovesse sopraggiungere, a seguito dell'esercizio di questa «forma di protesta/testimonianza», un aggravamento delle condizioni fisiche per «scompensi organici» e altre gravi patologie, nessun intervento di assistenza, anche di tipo terapeutico, potrebbe quindi essere intrapreso senza il previo consenso dell'interessato⁴².

Soltanto la perdita di coscienza da parte del detenuto, tale da impedirgli di esprimere una volontà contraria, imporrebbe al medico, in presenza di condizioni di urgenza, di «assicurare l'assistenza indispensabile» (art. 36 Cod. deont. Med.).

Più problematica sarebbe invece la soluzione da adottare in presenza di DAT in precedenza dettate e sottoscritte dal detenuto. In questo caso la *delicatezza* e *complessità* della decisione da assumere, a seguito di un imminente pericolo di vita insorto e della perdita di coscienza da parte del detenuto in sciopero della fame, ha spinto il CNB, diviso al suo interno, a non esprimere alcuna posizione ufficiale, limitandosi a illustrare le possibili strade da percorrere⁴³.

Ma al di là di questo caso limite, del rifiuto a ricevere cure, per il giudice delle leggi, senza affatto trascurare le esigenze di sicurezza, «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive (...) è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana

prestare «ascolto» alle sue «esigenze» e «richieste, garantendo una detenzione "umana", offrendo realmente sostegno a chi attraverso questi gesti così drammatici non pone in essere un ricatto, ma evidenzia le difficoltà dell'essere ristretto».

42 COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, cit.

43 La maggioranza dei componenti del CNB (Posizione «A») ha votato per la invalidità delle DAT che prevedessero la sospensione di qualunque sostegno vitale (a cominciare dall'alimentazione e idratazione artificiale), in quanto utilizzate «al di fuori della ratio della legge di riferimento» circoscritta ai pazienti in stato vegetativo permanente, orfani di terapie. In queste circostanze, nonostante la presenza di siffatte disposizioni, «il medico sarebbe legittimato a disattendere in quanto indebitamente condizionate e, dunque, "palesamente incongrue"». Per la Posizione «B» non vi sarebbero invece «motivi giuridicamente e bioeticamente fondati» tali da consentire «la non applicazione della legge n. 219 del 2017 nei confronti della persona detenuta», che abbia intrapreso uno sciopero della fame, con riguardo alla volontà da questa espressa nelle DAT, pure se contraria all'idratazione e alimentazione artificiale. Infine la Posizione «C», pur riconoscendo un'ampia autonomia di decisione all'interessato, ha ritenuto necessario, in considerazione dei diversi bilanciamenti possibili tra i valori coinvolti, un intervento legislativo che fissi i «criteri e il perimetro di eventuali eccezioni» ai possibili contenuti delle DAT: cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, cit.

e dei suoi diritti»⁴⁴, a cominciare proprio da quello alla salute, che la pena non potrebbe in alcun modo intaccare.

Alla ricerca di un ragionevole punto di equilibrio tra una pluralità di interessi in astratto tra di loro antinomici, l'intento perseguito dalla Consulta è stato principalmente di impedire che le logiche securitarie potessero avere la meglio sulla salvaguardia del *bene salute*.

E così, pure in presenza di una condanna per reati di particolare gravità di individui sottoposti al regime del 41-bis, delle norme sull'ord. penit., o all'ergastolo ostativo, dovrà essere consentito, in assenza di adeguati reparti specialistici presenti nel carcere, il ricovero in strutture di medicina protette, di cui sono dotate alcuni presidi sanitari, ovvero, in alternativa, la detenzione domiciliare (cd. *umanitaria* o *in deroga*) o anche il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, in assenza ovviamente di recidive (art. 147 c.p.)⁴⁵.

Purtuttavia, nonostante la valorizzazione di questo diritto fondamentale da parte della giurisprudenza costituzionale, accompagnata dal progressivo trasferimento⁴⁶ delle competenze dal Ministero della Giustizia al Ministero della salute, al fine di rafforzare le professionalità sanitarie all'interno degli istituti penitenziari e di introdurre una maggiore continuità con il territorio, continuano a permanere numerose criticità in grado di pregiudicare il benessere dei reclusi per una serie di ragioni legate all'inadeguatezza degli organici (medici, infermieri, psicologi) e delle strutture, aggravate da un loro eccessivo sovraffollamento.

La grave crisi sanitaria provocata dalla improvvisa circolazione della epidemia da Covid-19 ha rappresentato una significativa lente di ingrandimento di queste deficienze causa dei ritardi nell'accesso alle prestazioni, principalmente per le lunghe liste di attesa necessarie per accedere alle cure specialistiche⁴⁷.

Una ricorrente incomunicabilità tra area sanitaria, che è naturalmente vocata a privilegiare il benessere del detenuto, e quella preposta al mantenimento della sicurezza interna del carcere, ha sovente rallentato le prese

44 Corte Cost. sent. n. 26/1999. In direzione analoga cfr. anche sent. n. 144/1979.

45 Sul punto cfr. M. MENGOSI, *Stato di detenzione e libertà di cura*, in *BioLaw Journal*, n. 4/2022, 51.

46 Avviato con la legge n. 419/1998, cui si deve il trasferimento al S.S.N. di tutte le funzioni sanitarie in carcere, e proseguito con il d. lgs. n. 230/1999 (con riguardo alle funzioni relative alle tossicodipendenze), il DPCM dell'1 aprile 2008 (adottato in attuazione dell'art. 2, comma 283, della legge finanziaria per il 2008, n. 244/2007), che disponeva il trasferimento delle funzioni sanitarie dal DAP al Sistema Sanitario Regionale, e portato a compimento con il d. lgs. n. 123/2018.

47 Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute «dentro le mura»*, cit., 14.

in carico da cui sono derivate condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁸.

Si aggiunga poi, come ulteriore limite, una persistente disomogeneità dei livelli di assistenza tra le diverse Regioni, che rispecchia anche in ambiente penitenziario le tradizionali asimmetrie territoriali nella erogazione dei servizi sanitari, tra il Nord e il Sud del Paese, da cui derivano differenti diritti di cittadinanza⁴⁹.

Dalla Relazione per l'anno 2021 del Garante dei detenuti campano emerge che, nonostante gli sforzi compiuti per migliorare la vivibilità nelle celle, permangono ritardi nell'adeguamento dei servizi igienici (dalle docce, all'erogazione di acqua calda, alla presenza di impianti di riscaldamento) che vengono assicurati in modo completo soltanto in alcuni istituti⁵⁰.

L'esiguità dei posti letto dedicati alla degenza (55 posti per 6402 reclusi) nei centri clinici (SAI) localizzati nelle carceri napoletane di Poggioreale e di Secondigliano, in assenza di spazi utilizzabili in presidi ospedalieri alternativi, non giudicati idonei per ragioni di sicurezza, ha rappresentato un ulteriore ostacolo alla erogazione della necessaria assistenza⁵¹.

Altrettanto carente è stato l'apporto della medicina preventiva, per consentire *screening* di massa e diagnosi precoci delle patologie più invalidan-

48 Cfr. Corte EDU, sez. II, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*, ric. n. 2447/05, che ha condannato il nostro Paese per le conseguenze fisiche subite, a causa di un'inadeguata assistenza, da parte di un detenuto ultrasessantenne affetto da paraparesi agli arti inferiori che si accompagnava ad altri disturbi cardiaci e intestinali. Analoghe condanne sono derivate da altre pronunce di questo giudice: Corte EDU, Sez. II, 17 luglio 2012, *Scoppola c. Italia* (no. 4), ric. n. 65050/09; Corte EDU, sez. II, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), ric. n. 7509/08.

49 Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute «dentro le mura»*, cit., 13 e M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011, 119 ss.

50 Da una indagine realizzata a livello nazionale nel 2018, riportata da M. MIRAVALLE-D. RONCO, *La riforma della sanità compie dieci anni: più ombre che luci, XIV rapporto sulle condizioni di detenzione, Un anno in carcere*, aprile 2018, reperibile all'indirizzo <https://www.antigone.it/>, emerge che «nell'8,1 % delle strutture il riscaldamento in cella non è funzionante e nel 43 % delle celle manca l'acqua calda. Nel 58,1 % degli istituti visitati le celle non dispongono di docce e in 4 istituti (il 4,7 %)» è stato «ancora trovato un wc non separato dal resto della cella (...). Nel 41,9 % dei casi non viene garantito accesso settimanale alla palestra e, più in generale, nel 40,7 % degli istituti visitati non tutte le celle sono aperte per almeno 8 ore al giorno», così da costringere i detenuti «a passare gran parte del loro tempo all'interno di spazi al di sotto degli standard minimi».

51 Cfr. GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO, *Relazione per l'anno 2021*, reperibile all'indirizzo <https://www.cr.campania.it/>

ti, anche a causa di un difettoso coordinamento tra i «presidi sanitari degli istituti di pena e i Dipartimenti delle Aziende sanitarie»⁵².

Insoddisfacente nella Regione Campania è la rete di telemedicina, che consentirebbe di facilitare il consulto specialistico a distanza riducendo la difficoltà degli spostamenti dei ristretti e dei medici. Scarsamente diffuso è pure l'impiego delle cartelle cliniche e dei fascicoli sanitari informatizzati che dovrebbero facilitare le traduzioni ad altre carceri e la stessa «continuità del rapporto terapeutico»⁵³.

4. In linea con una generale tendenza nazionale, anche nella Regione Campania persistono ritardi nella erogazione di servizi di assistenza *rafforzata* che possano rendere lo stato di reclusione compatibile con l'infermità psichiatrica sopravvenuta, pure nella condizione di *osservandi*, in considerazione della persistente insufficienza delle Sezioni speciali per la salute mentale (Atsm) presenti presso gli istituti penitenziari⁵⁴ (art. 65, delle norme sull'ord. penit. e art. 111, n. 1, D.P.R. n. 230/2000).

L'esiguità e, in altri casi, «fatiscenza dei luoghi», tali da impedire cure adeguate ai cd. *rei folli*⁵⁵, accompagnata dai vuoti nell'organico del personale medico specialistico e paramedico, per carenza di risorse di cui dispongono i servizi psichiatrici territoriali, cui sono affidate le prese in carico⁵⁶, rischiano di accentuare il disagio psichico che, se non tempestivamente governato, potrebbe condurre a gesti estremi di tipo suicidario.

La persistenza di queste insufficienze assistenziali, nonostante l'impulso offerto per porvi rimedio dalla delega contenuta nell'art. 1, n. 16 lett. d) della legge n. 103/2017, ha indotto il giudice costituzionale, a

52 Cfr. GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO, *Relazione per l'anno 2021*, cit. Per C. BUCCOLIERO, con S. UCCELLO, *Senza sbarre. Storia di un carcere aperto*, cit., 55, è proprio l'eccessiva complessità delle procedure carcerarie (al punto da derubricare il ristretto ad una sorta di «domanda da autorizzare») la principale causa dell'inadeguata assistenza riconosciuta nelle carceri, rispetto a quanto invece consentito agli individui liberi.

53 COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute «dentro le mura»*, cit., 19.

54 Cfr. GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO, *Relazione per l'anno 2021*, cit. Per L. CESARIS, *La salute nell'ordinamento penitenziario*, cit., 1137, la scarsa attenzione dedicata alle malattie psichiche è dovuta principalmente a un «forte pregiudizio e dal sospetto di simulazioni da parte dei detenuti per sfuggire al regime carcerario».

55 Cfr. GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO, *Relazione per l'anno 2021*, cit.

56 Cfr. M. MIRAVALLE-D. RONCO, *La riforma della sanità compie dieci anni: più ombre che luci*, cit.

seguito delle condanne subite dal nostro Paese da parte della Corte di Strasburgo⁵⁷, a intervenire per individuare possibili alternative differenti dall'anomalo ricovero nelle REMS cui sovente sono, invece, ricorsi i magistrati di sorveglianza⁵⁸.

Nell'auspicare il potenziamento delle strutture sanitarie interne al carcere, il giudice delle leggi è giunto a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, delle norme sull'ord. penit., nella parte in cui non consente, «nei casi di accertata incompatibilità con l'ambiente carcerario», il ricorso a misure alternative (dai «percorsi terapeutici esterni», alla detenzione domiciliare umanitaria) per le persone che «necessitano di terapie e di un percorso riabilitativo che il carcere non è in alcun modo idoneo a fornire»⁵⁹. La permanenza di questi individui in un ambiente carcerario rappresenterebbe, infatti, un «vero e proprio trattamento inumano e degradante», in dispregio a quanto statuito dall'art. 3 CEDU e dall'art. 27, 3° comma Cost.⁶⁰.

Rientrerà nelle competenze del giudice accertare questa incompatibilità con la condizione detentiva «caso per caso, momento per momento, modulando il percorso penitenziario tenendo conto e della tutela della salute del malato psichico e della pericolosità del condannato, di modo che non siano sacrificate le esigenze della sicurezza della collettività (..) che deve essere protetta dalle potenziali pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologie psichiatriche»⁶¹.

5. Il d.l. n. 52 del 2014, convertito nella legge n. 81 del 2014, ha finalmente consentito la creazione, da tempo auspicata, delle *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza* (REMS) dotate di un approccio prevalentemente sanitario con «marcato carattere terapeutico-riabilitativo»⁶².

57 Cfr. Corte EDU, Sez. I, 24 gennaio 2022, *SY c. Italia*, ric. n. 11791/20, che ancora una volta ha condannato l'Italia, a seguito delle conseguenze subite da un detenuto affetto da gravi problemi psichiatrici, ingiustamente trattenuto in carcere nonostante ne fosse stato ordinato da un giudice il trasferimento per consentirne le cure.

58 Sui pericoli di un uso anomalo delle REMS cfr. G. CHIOLA, *L'Odissea giuridica dei folli rei*, Napoli, 2017, 121 ss.

59 Corte Cost., sent. n. 99 del 2019.

60 Corte Cost., sent. n. 99 del 2019.

61 Corte Cost., sent. n. 99 del 2019.

62 Corte Cost., sent. n. 22 del 2022. Per la dottrina cfr. G. ZUFFA, *Dopo la chiusura dell'OPG: i residui del modello manicomiale e la sopravvivenza del binario «speciale» di giustizia per i «folli rei»*, in *BioLaw Journal*, n. 4/2022, 5 ss.

In coordinamento con la rete dei servizi territoriali regionali (cui ne è stata affidata la gestione d'intesa con il Dipartimento per la salute mentale territorialmente competente⁶³) tali strutture operano per assicurare la «tutela della salute mentale del destinatario»⁶⁴, coerentemente a quanto disposto dall'art. 32 Cost.

L'intento perseguito dal legislatore è stato quello di privilegiare l'attivazione di un «percorso di progressiva riabilitazione sociale» degli autori di reati, con evidenti e comprovate deficienze psichiatriche, che sia funzionale al perseguimento di «finalità terapeutiche»⁶⁵.

Nonostante la «esclusiva gestione sanitaria», le residenze non potrebbero tuttavia dismettere, in relazione al grado di pericolosità dei ricoverati, una «attività di sicurezza e di vigilanza soltanto “perimetrale” ed esterna», svolta in collaborazione con le autorità che governano il territorio (Prefettura e Regioni), in modo da impedire «l'allontanamento non autorizzato»⁶⁶.

A differenze degli OPG, che hanno cessato di funzionare nel mese di aprile 2017, che erano destinati ad ospitare, ricorrendo ad una logica prevalentemente *custodialistica*⁶⁷, tutti coloro che avessero manifestato disagio psichiatrico anche se sopravvenuto alla condanna, le REMS dovranno consentire il ricovero di soggetti che abbiano commesso un reato in condizione di vizio totale o parziale di mente (cd. *folli rei*), così da essere ritenuti «non imputabili in sede di giudizio penale» ed, inoltre, di «condannati per delitto non colposo a pena diminuita per cagione di infermità psichica» che siano «stati sottoposti a misure di sicurezza»⁶⁸.

In ogni caso, il ricovero dell'interessato dovrà essere disposto sempreché ritenuto «effettivamente» necessario a «contenere la pericolosità so-

63 Di cui ne è stata recentemente dichiarata l'inadeguatezza dalla Corte Cost. (sent. n. 22/2022) per non coinvolgere, coerentemente a quanto prescritto dall'art. 110 Cost., il Ministro della Giustizia nello svolgimento del ruolo di «coordinamento e monitoraggio (..), lasciando così le singole autorità giudiziarie – magistrati di sorveglianza, ma anche giudici penali e pubblici ministeri durante la fase delle indagini preliminari e del processo – a interagire direttamente con le strutture amministrative delle singole REMS e i vari dipartimenti regionali per la salute mentale, ciascuno operante – per di più – con logiche differenti e sulla base di realtà organizzative tra loro assai eterogenee».

64 Corte Cost., sent. n. 22/2022.

65 Corte Cost., sent. n. 28/2022.

66 Corte Cost., sent. n. 22/2022.

67 Che, a giudizio della Corte Cost., sent. n. 22/2022, «privilegiava in maniera pressoché esclusiva le ragioni della tutela della collettività contro la pericolosità dell'internato».

68 Corte Cost., sent. n. 99/2019.

ziale dell'autore del reato in applicazione del principio di *extrema ratio* o di minor sacrificio necessario, desumibile dall'art. 13 Cost. in relazione a tutte le misure privative della libertà personale»⁶⁹.

L'assenza di queste indispensabili precondizioni dovrà indurre il giudice a preferire, «nel quadro delle prescrizioni dettate attraverso la meno afflittiva misura della libertà vigilata», attività di controllo e terapie alternative, di competenza dei Dipartimenti per la salute mentale territorialmente competenti⁷⁰.

Ciò premesso, nonostante il meritevole intento perseguito dal legislatore della riforma, continuano a permanere palesi vischiosità applicative della stessa, pure evidenziate dalla giurisprudenza costituzionale, che impediscono di soddisfare pienamente e in tempi ragionevoli le domande di ricovero di questi soggetti particolarmente fragili. Per il giudice delle leggi, proprio la presenza di lunghe liste di attesa, in alcuni casi superiori ai dieci mesi, in grado certamente di incidere sulla stessa «effettività della tutela», dovrebbe indurre le autorità competenti (dai Ministeri della giustizia e della salute, alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome) a trovare le soluzioni alternative⁷¹.

Per ridurre questo disagio, che è maggiormente percepibile in alcune Regioni, a cominciare proprio dalla Campania⁷², vengono perciò avanzate dalla Consulta proposte di tipo organizzativo e procedurale, così da porre rimedio alla «diseguale tutela dei diritti fondamentali: delle potenziali vittime di persone socialmente pericolose e della salute di queste ultime»⁷³.

69 Corte Cost., sent. n. 22/2022.

70 Corte Cost., sent. n. 22/2022.

71 Ed invero, per la Corte Cost., sent. n. 22/2022, «da un lato, un diffuso e significativo ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti in esame comporta un difetto di tutela effettiva dei diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche, e già autore spesso di gravi o gravissimi fatti di reato, potrebbe nuovamente realizzare, e che l'ordinamento ha il dovere di prevenire. Dall'altro, la mancata tempestiva esecuzione di questi provvedimenti lede, nel contempo, il diritto alla salute del malato, al quale nell'attesa non vengono praticati i trattamenti – rientranti a pieno titolo tra i LEA (...) – che dovrebbero essergli invece assicurati, per aiutarlo a superare la propria patologia e a reinserirsi gradualmente nella società».

72 Nella *Relazione per l'anno 2021* del GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO, cit., viene denunciata la carenza dei posti (per un totale di quaranta) previsti nelle due REMS esistenti (di Calvi Risorta e San Nicola Baronia) e la limitatezza delle attività terapeutiche nelle stesse garantite, anche «a causa della esiguità delle figure sociali coinvolte».

73 Corte Cost. sent. n. 22/2022.

Per ampliare la disponibilità di posti ritenuti necessari a soddisfare la domanda, sarebbe infatti necessario che le Regioni procedessero a realizzare nuove REMS, non escludendo, in caso di una loro protratta «inadempienza»⁷⁴, l'attivazione dei poteri sostitutivi da parte del Governo (art. 120, 2° co. Cost.).

In presenza invece di individui che non destano particolare allarme sociale, viene sollecitata, in altra direzione, la «valorizzazione e potenziamento» da parte del giudice delle «alternative terapeutiche per la salute mentale esistenti sul territorio, sì da contenere il più possibile la necessità di ricorrere ai provvedimenti custodiali nelle REMS»⁷⁵. L'individuazione da parte della legge statale dei limiti all'impiego della contenzione all'interno di queste strutture⁷⁶ potrebbe inoltre porre rimedio al vuoto, certamente meno garantistico, oggi occupato da fonti sub-legislative, cui si aggiunge una regolamentazione disomogenea tra le diverse Regioni.

Per perseguire l'intento riformatore prospettato dalla Corte, che impedisca la trasformazione delle REMS in cronicari da cui è difficile uscire, sarebbe certamente opportuno realizzare un migliore coordinamento tra queste strutture e i servizi territoriali (a cominciare dalle comunità psichiatriche specializzate) in modo da accelerare, da parte di questi, le prese in carico, dopo aver attentamente valutato le condizioni di salute del ricoverato e il venir meno delle irrinunciabili esigenze di sicurezza⁷⁷.

74 Corte Cost. sent. n. 22/2022.

75 Corte Cost. sent. n. 22/2022.

76 Corte Cost. sent. n. 22/2022, che conduce questo interprete a pronunciarsi per l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici remittenti, nonostante la censura rivolta al Parlamento per l'«eccessivo protrarsi» dell'inerzia legislativa in «ordine ai gravi problemi individuati». In direzione contraria, «una eventuale dichiarazione di illegittimità della disposizione censurata» avrebbe determinato per la Consulta una «integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG»; e avrebbe prodotto, «non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal remittente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea».

77 Cfr. Cfr. M. MIRAVALLE-D. RONCO, *La riforma della sanità compie dieci anni: più ombre che luci*, cit.

6. Tra i compiti affidati dalla Costituzione allo Stato, pure ripetutamente richiamati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁸, rientra quello di assicurare la compatibilità delle condizioni detentive al rispetto della dignità umana, attraverso il ricorso a «modalità di esecuzione della misura» che «non sottopongano l'interessato ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione»⁷⁹.

Per il giudice di Strasburgo, pur essendo connaturale alla privazione della libertà personale la presenza di una «soglia minima di sofferenza», l'assenza di adeguati spazi vitali rappresenta una grave violazione dell'art. 3 della CEDU che vieta qualunque trattamento che possa configurarsi inumano e degradante⁸⁰.

Il ricorso a misure deflattive, coerenti al cd. *diritto penale minimo*⁸¹, o alternative⁸², per coloro che scontano pene brevi e medie⁸³, potrebbe ridurre l'elevato numero di presenze in carcere, tra le principali cause dei disagi

78 Cfr. Corte EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Selejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03.

79 Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit.

80 Dall'accertamento di questi pregiudizi ne potrà derivare anche l'obbligo per lo Stato di risarcire i danni fisici e morali patiti ingiustamente dal detenuto.

81 Come giustamente sottolineato da G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone, F. Resta, *Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano, 2022, 165, la «pena carceraria non è certamente un istituto “costituzionalmente necessario”, né, per così dire, la “prima scelta” in materia di pene». Anche per l'allora Ministro della giustizia, M. CARTABIA, *Intervento del Ministro in occasione della visita del 14 luglio 2021 presso il carcere di Santa Maria Capua Vetere*, reperibile all'indirizzo <https://www.sistemapenale.it/>, la «Costituzione parla di “pene” al plurale. La pena non è solo carcere. Senza rinunciare alla giusta punizione degli illeciti, occorre procedere sulla linea, che già sta generando molte positive esperienze, anche in termini di prevenzione della recidiva e di risocializzazione, attraverso forme di punizione diverse dal carcere, come, ad esempio, i lavori di pubblica utilità».

82 Che riducono sensibilmente i tassi di recidiva, di almeno un terzo, rispetto a chi ha scontato totalmente la pena in carcere: F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. Penit. e crimin.*, n. 2/2007, 15, reperibile nel sito <http://www.ristretti.it/>. Ad analoga conclusione pervengono anche gli *Stati generali sull'esecuzione penale. Documento finale*, 18 aprile 2016, <https://www.giustizia.it/>.

83 Nella *Relazione per l'anno 2021* del GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO si ricorda come le «persone detenute con residuo di pena di meno di 3 anni sono il 53 per cento dell'intera popolazione detenuta (questo senza calcolare le persone che devono ancora avere il giudizio di primo grado che sono circa il 19 per cento)».

psicologici, sovente causa di gesti suicidari⁸⁴, aggravati dalla particolare «vulnerabilità bio-psico-sociale dei detenuti»⁸⁵.

Gli arresti domiciliari, la *messa in prova* al servizio sociale, la riparazione economica del danno (dai sequestri, alle confische), che «colpiscono la *res* piuttosto che la persona»⁸⁶, il ricorso alla riconciliazione extraprocessuale tra offensore e vittima⁸⁷, la riduzione della detenzione *ante iudicatum*, potrebbero rappresentare i rimedi per decongestionare le carceri, senza affatto ridurre la potenzialità afflittiva della pena.

Nel manifestare analoga preoccupazione per la salute del recluso, principale causa delle condanne provenienti dalla Corte EDU, la stessa Corte Costituzionale⁸⁸, ricorrendo ad una pronuncia di «incostituzionalità accertata, ma non dichiarata»⁸⁹, ha ritenuto non più procrastinabile un intervento

84 Dai dati riportati dalla FONDAZIONE VERONESI, al 20 dicembre 2022, risulta che i suicidi, registrati nel sistema carcerario italiano, sono stati 62 nel 2020, 51 nel 2021, 79 tra il mese di gennaio e quello di novembre 2022, all'indirizzo <https://www.fondazioneveronesi.it/magazine/articoli/da-non-perdere/nelle-carceri-italiane-e-garantito-il-diritto-alla-salute>. Per il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, 25 giugno 2010, 9, reperibile all'indirizzo <https://bioetica.governo.it/>, la percentuale dei suicidi in carcere è «di circa venti volte superiore al tasso della popolazione generale». Per questo organo di consulenza, i 3/4 di questi gesti suicidari riguardano detenuti «che non svolgono attività lavorative entro il carcere» ovvero che sono in «attesa di primo giudizio».

85 COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, cit., 6 ss. Per il GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO, *Relazione per l'anno 2021*, cit., «l'impatto dell'arresto e della detenzione, (...) la crisi di astinenza dei tossicodipendenti, lo stress quotidiano della vita carceraria» sono tra le principali cause della scelta suicidaria del detenuto.

86 M. CARTABIA, *Pena e riconciliazione*, in M. Cartabia, L. Violante, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 160 ss., secondo cui tali sanzioni, che colpiscono «la proprietà e la vita professionale», potranno essere più efficaci e persino più afflittive «di una misura detentiva».

87 Nella direzione della promozione della giustizia riparativa si inoltra la recente riforma Cartabia, introdotta con legge 27 settembre 2021, n. 134, recante la «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

88 Corte Cost., sent. n. 279/2013. Ancora una volta la Consulta, nonostante la consapevolezza delle conseguenze che potrebbero derivare da un «trattamento detentivo contrario al senso di umanità, perviene a una dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità, non potendo interferire con la discrezionalità del legislatore, cui compete l'individuazione degli «indirizzi di politica criminale idonei a superare il problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario» suscettibili di differenti «configurazioni» normative.

89 A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento*

del legislatore statale diretto a risolvere la «grave questione» dell'eccessivo affollamento, che ha indotto taluno⁹⁰ giustamente a parlare di «diritti di carta (..), affermati ma quasi mai pienamente esercitati».

Una tale precarietà, nel «pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale» sarebbe tale, per il giudice delle leggi, da «incidere, comprimendolo, sul “residuo” irriducibile della libertà personale del detenuto, gli uni e l'altro espressione del principio personalistico posto a fondamento della Costituzione repubblicana»⁹¹.

Purtuttavia, nonostante le condanne subite dal nostro Paese e le sollecitazioni provenienti dalla Consulta, continuano a permanere, in numerose carceri, condizioni assai precarie di vivibilità, non solo – come già riferito in precedenza – per l'inadeguatezza dei servizi essenziali, di tipo igienico e sanitario⁹², ma anche per le conseguenze derivanti da una eccessiva numerosità di reclusi in ciascuna cella⁹³, nonostante i periodici interventi del Governo diretti a svuotare le carceri, l'ultimo dei quali adottato in occasione della emergenza pandemica da Covid-19⁹⁴.

Nel ridurre gli spazi utili allo svolgimento delle più elementari funzioni vitali di un essere umano, tale criticità, che tradisce le finalità di

carcerario), 26 novembre 2013, in *Consulta online*, 2013, reperibile all'indirizzo <https://www.giurcost.org/>.

90 M. AINIS, *Le libertà negate. Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti*, Milano, 2004, 106.

91 Corte Cost., sent. n. 279/2013.

92 Tra cui, a giudizio della Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., «figurano la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base».

93 Valutata nell'ordine del 16,59% in più della capienza regolamentare: cfr. R. PICCIRILLO, capo di Gabinetto del Ministro della Giustizia Marta Cartabia, intervista in quotidiano *il Mattino* di Napoli del 14 agosto 2022. Con riguardo, in particolare, ai dati forniti dal GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO, *Relazione per l'anno 2021*, risulta che nei quindici penitenziari di questa Regione, cui si aggiunge anche il carcere militare giudiziario di Santa Maria Capua Vetere, vi sia una eccedenza di ben 971 presenze, rispetto alla numerosità consentita di 5776 presenze, con punte di criticità soprattutto nelle strutture di Poggioreale e di Secondigliano.

94 Il d.l. n. 18/2020, conv. con mod. dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, aveva disposto, in deroga ai commi 1, 2 e 4 dell'art. 1 della legge n. 199/2010, dalla data della sua entrata in vigore e fino al 30 giugno 2020, la misura deflattiva per le pene inferiori a 18 mesi (anche se costituente parte residua di maggior pena) attraverso il trasferimento dei detenuti in strutture di assistenza e cura o direttamente presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, con una serie di esclusioni, ad esempio per motivi disciplinari e di pericolosità sociale.

umanizzazione e di rieducazione delle pene, è tra le principali cause delle frustrazioni e della «rabbia» vissuta da quanti sono costretti a permanere in luoghi di «spersonalizzazione» che, come giustamente ricordato dal Santo Padre Francesco, sono il «riflesso della nostra realtà sociale e una conseguenza del nostro egoismo e indifferenza sintetizzati in una cultura dello scarto»⁹⁵.

7. Dai numerosi contributi contenuti nel volume che si introduce emerge la perdurante distanza tra i principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale in tema di esecuzione della pena e le concrete prassi applicative che, nonostante il trascorrere degli anni dalla sua entrata in vigore, in più di una occasione ne hanno disatteso le finalità originarie.

Alla rilevata inadeguatezza dei servizi offerti in numerose case di reclusione o circondariali, soprattutto del nostro Mezzogiorno, si aggiungono anche ritardi nella predisposizione delle opportunità, di formazione culturale e professionale, che possano contribuire al recupero sociale del detenuto una volta che abbia espiato definitivamente la pena.

In altra direzione, con riguardo ai minori che sono costretti a vivere con le madri detenute, permane l'insoddisfacente trattamento che ancora viene loro riservato, nonostante le aperture a sistemazioni alternative⁹⁶ – in

95 *Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti dell'incontro internazionale per i responsabili regionali e nazionali della pastorale carceraria*, 8 novembre 2019, reperibile all'indirizzo www.vatican.va

96 Dalla custodia cautelare presso Istituti a custodia attenuata (ICAM), alla detenzione domiciliare, al ricorso alle case alloggio per l'accoglienza residenziale, alle case famiglia protette, attualmente esistenti solo a Roma e a Milano, che si vorrebbe ulteriormente valorizzare, anche attraverso appositi finanziamenti, dalla proposta di legge (C. 103), recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori», presentata il 13 ottobre 2022 su iniziativa degli on. Serracchiani e altri che riproduce una precedente proposta depositata l'11 dicembre 2019 dall'on. Siani ed altri (C. 2298, XVIII legislatura), approvata in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 30 maggio 2022, ma poi abbandonata a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere. Ancora una volta una serie di emendamenti, diretti a restringere gli spazi concessi alle detenute madri per accedere a questi luoghi alternativi alla detenzione in carcere, presentati dai rappresentanti di FdI in Commissione giustizia della Camera, ha condotto i deputati del PD a ritirare le proprie firme apposte al progetto, determinando di fatto il suo abbandono: cfr. *Madri detenute, bloccata la proposta di legge: i bambini restano in carcere*, 23 marzo 2023, reperibile all'indirizzo www.valigiablu.it.

assenza di esigenze cautelari di particolare gravità – pure consentite dalla normativa vigente, ancora una volta su impulso della giurisprudenza costituzionale⁹⁷.

Senza affatto trascurare le inderogabili esigenze di sicurezza pubblica, tali persistenti carenze hanno indotto gli Autori dei saggi che seguono ad auspicare l'avvio di un processo di riforma del sistema carcerario italiano⁹⁸ che possa contribuire a ridurre il disagio e le ragioni della depersonalizzazione del ristretto che certamente non favoriscono la sua rieducazione e l'auspicabile riduzione delle cause di recidive⁹⁹.

Nonostante i ripetuti ammonimenti provenienti dai giudici sovranazionali, da cui – come abbiamo visto – sono derivate condanne a carico del nostro Paese, continuano a permanere zone d'ombra, per la prevalenza di logiche securitarie e custodialistiche, in grado di compromettere l'umanizzazione delle pene e la loro insopprimibile funzione rieducativa.

Il periodico ricorso a provvedimenti diretti a decongestionare le carceri, per migliorarne la vivibilità e consentire la realizzazione di progetti di reinserimento, non viene infatti accompagnato, nella misura pure auspicata dal giudice costituzionale, da una riforma strutturale del sistema penale che riduca stabilmente, attraverso l'impiego delle pene alternative, le occasioni della detenzione.

Quanto precede nonostante le molteplici pronunce con le quali è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di svariate norme dell'ordinamento penitenziario, accompagnate da sollecitazioni indirizzate al legislatore ad intervenire per colmare i vuoti e le incongruenze normative, che hanno dimostrato un particolare impegno della Corte Costituzionale per la tutela dei diritti dei detenuti. Tale sensibilità ha pure indotto i membri di questo importante organo giurisdizionale a realizzare, tra il 2018 e il 2019, una serie di incontri negli Istituti carcerari¹⁰⁰, in seguito raccolti in un docufilm («Viaggio in Italia, la Corte Costituzionale nelle carceri»,¹⁰¹) con l'esplicito

97 Cfr. Corte Cost., sentt. nn. 215/1990, 350/2003, 177/2009, 31/2012, 7/2013, 76/2017, 174 e 211/2018, 18/2020.

98 Cfr. M. RUOTOLO, *Il sistema penitenziario e le esigenze della sua innovazione*, in *BioLaw Journal*, n. 4/2022, 31 ss.

99 Per R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino, 2022, 108, «piuttosto che contrastare il crimine, la detenzione carceraria finisce per riprodurlo esattamente come gli ospedali psichiatrici, tutt'altro che guarire, spesso aggravano le malattie che dovrebbero curare».

100 Rebibbia, San Vittore a Milano, Marassi a Genova, Terni, Lecce femminile, Sollicciano, minorile di Nisida.

101 Il cui intento non era quello di realizzare una narrazione sulle questioni carcerarie e «sulla marginalità sociale», ma soprattutto di assicurare un significativo «incon-

intento di consentire loro di «uscire dal Palazzo della Consulta, di farsi conoscere e al tempo stesso di conoscere, di incontrare persone e di mettersi in discussione»¹⁰².

A dimostrazione dell'attenzione per le garanzie in passato negate, sono soprattutto gli interventi della Corte con i quali viene, ad esempio, esclusa la presenza di una presunzione assoluta della irrecuperabilità del condannato, tale da impedire l'accesso ai benefici penitenziari, che contrasterebbe con la «funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.»¹⁰³, finendo conseguentemente per condurre ad una irragionevole «opzione repressiva»¹⁰⁴. E questo, nonostante la condanna per gravissimi reati, come potrebbe essere l'associazione mafiosa, e l'assenza, da parte del reo, di qualsivoglia collaborazione.

Per il giudice delle leggi la prevalenza attribuita alle ragioni della sicurezza¹⁰⁵, che impedisse di valutare in concreto¹⁰⁶ il «percorso carcerario del condannato» e l'evoluzione con il trascorrere del tempo della sua «personalità»¹⁰⁷, nel «relegare nell'ombra il profilo rieducativo»¹⁰⁸, finireb-

tro tra due umanità». Il docufilm è visibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/vic2/vic_home.do.

102 Dal testo dell'intervento di G. LATTANZI, Presidente della Corte Costituzionale, in occasione dell'evento inaugurale del «Viaggio nelle carceri» della Corte Costituzionale, svoltosi a Rebibbia il 4 ottobre 2018, reperibile all'indirizzo <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>

103 Corte Cost., sent. n. 253/2019, con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354/1975, e in via consequenziale, dello stesso art. 4-bis, 1° co., nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis del codice penale e per quelli diversi da quelli di cui all'art. 416-bis cod. pen., commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

104 Corte Cost., sent. n. 436/1999.

105 Sulla base di «rigidi automatismi» (Corte Cost., sent. n. 436/1999) condizionati da «presunzioni *iuris et de iure* di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso» (Corte Cost., sent. n. 90/2017).

106 E attraverso una «valutazione individualizzata e caso per caso»: Corte Cost., sent. n. 436/1999.

107 Corte Cost., sent. n. 253/2019.

108 Corte Cost., sent. n. 257/2006. Per questo giudice, sent. n. 149 del 2018, la «particolare gravità del reato commesso ovvero» l'«esigenza di lasciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati» non potreb-

be per contrastare con i «principi di proporzionalità ed individualizzazione delle pene»¹⁰⁹. Appartiene, allora, alla «responsabilità della società» il compito di «stimolare il condannato ad intraprendere un cammino» che possa consentirgli di accedere ai «benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo» il suo «progressivo reinserimento» nella collettività di provenienza¹¹⁰.

Nella medesima direzione, proprio l'«assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata»¹¹¹ dovrebbe indurre il legislatore a dedicare attenzione pure alle esigenze affettive e sessuali del detenuto, in funzione di una maggiore umanizzazione della pena che sia in grado di favorire il suo reinserimento sociale. Le sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU e la stessa «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 effettiva e sessuale intramuraria»¹¹², induce il *custode della costituzione* a sollecitare l'individuazione di adeguate soluzioni per questioni così delicate.

Questo perenne strabismo tra prospettive umanitarie, indicate dalla Consulta, e ricorso al rigore del diritto penale¹¹³, che riproduce l'antica diatriba conosciuta ai tempi della Costituente tra distinte scuole penalistiche, non sembra tuttavia aver mai abbandonato il dibattito politico¹¹⁴. In tempi a noi

bero, «nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società».

109 Corte Cost., sent. n. 255/2006 ripresa nella sent. n. 149/2018. Nella stessa direzione cfr. sentt. nn. 504/1995, 445/1997, 78/2007, 189/2010.

110 Corte Cost., sent. n. 149/2018.

111 Corte Cost., sent. n. 301/2012.

112 Corte Cost., sent. n. 301/2012.

113 E. RESTA, *Cura e malattia*, in P. Gonnella, M. Ruotolo (a cura di), *Giustizia e carcere secondo Papa Francesco*, Milano, 2016, 52, che parla di una continua «oscillazione tra tendenze al "perdonismo" e i contraddittori ricorsi al penale». Anche per G.M. FLICK, *Uso e abuso della custodia cautelare*, ivi, 70, si assiste, sovente, a manifestazioni di «"populismo penale", inteso come convinzione che la pena possa sostituire ben altri interventi doverosi di "politica sociale, economica e di inclusione sociale", attraverso la tendenza a creare dei nemici che concentrino in sé le stimmate della diversità e paghino quest'ultima con il sacrificio della loro libertà personale».

114 Ad analoga conclusione perviene lo stesso *Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé*, Avis n. 94, 26 octobre 2006, reperibile all'indirizzo <https://www.ccne-ethique.fr>, secondo cui «La question de la détention est d'autant plus complexe et difficile à poser, donc a fortiori à résoudre,

più vicini, tale tensione sembra infatti emergere dagli stessi orientamenti manifestati dai partiti in occasione delle recenti elezioni per il rinnovo delle Camere, svolte nello scorso mese di settembre 2022.

E così, nella direzione di un rafforzamento della prospettiva umanitaria e educativa della pena si inoltrano soprattutto le piattaforme programmatiche presentate dal Partito Democratico e dal Movimento 5 Stelle che, infatti, auspicano una riforma che sia in grado di assicurare il recupero dei condannati, attraverso il ricorso a «percorsi personalizzati» e a «esperienze realmente risocializzanti e formative». Per queste formazioni politiche sarebbe, perciò, indispensabile correggere l'«impostazione di un sistema penale incentrato prevalentemente sul carcere», che faccia leva sulle potenzialità offerte dalle misure alternative e di comunità, comprensive dell'affidamento a lavori di pubblica utilità.

Analoga attenzione per le sorti dei detenuti viene riservata, da questi partiti oggi collocati all'opposizione, al necessario adeguamento del sistema carcerario che consenta, al loro interno, lo svolgimento di attività lavorative¹¹⁵, come pure più volte auspicato dalla stessa Corte Costituzionale¹¹⁶, in grado di valorizzare le attitudini e specifiche capacità del singolo e, inoltre, di assicurare, una volta ritornato libero, sbocchi professionali certi¹¹⁷.

In altra direzione, che conferisce maggiore rilievo alle esigenze di sicurezza e di controllo, attraverso cui si esprime il Biopotere, si inoltrano

qu'elle se heurte généralement à une opinion publique, sensible aux seuls impératifs sécuritaires. Le paradoxe réside dans le fait que la sécurité passe plus par le traitement digne des personnes que par leur élimination. On ne peut faire l'économie de la dignité humaine, à moins d'accepter et d'assumer l'indignité».

115 Nel *Programma* presentato agli elettori dal PD, reperibile all'indirizzo <https://www.partitodemocratico.it/>, si ricorda come le «statistiche sul lavoro penitenziario in Italia» sono «tra le peggiori d'Europa, meno del 4% dei detenuti e delle detenute lavora per datori di lavoro diversi dall'amministrazione penitenziaria». Addirittura, dai dati presentati nella *Relazione per l'anno 2021* dal GARANTE DEI DETENUTI CAMPANO emerge che la percentuale di lavoro esterno sia inferiore al 2%, anche a causa del «deficit rappresentato dall'allarmante condizione socio-economica in cui versa» questo territorio del Mezzogiorno.

116 Cfr. Corte Cost., sent. n. 158/2001 che sottolinea l'importanza della previsione contenuta nell'art. 19 del D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, a favore di un impegno lavorativo per il detenuto «nella forma consentita più idonea, ivi comprese quella dell'esercizio in proprio di attività intellettuali, artigianali e artistiche (...) o quella del tirocinio retribuito». Nella stessa direzione cfr. Corte Cost., sent. n. 341/2004 nella quale si ribadisce come «lo svolgimento di attività lavorative da parte dei detenuti contribuisce a rendere le modalità di espiatione della pena conformi al principio espresso nell'art. 27, terzo comma Cost., che assegna alla pena stessa la finalità di rieducazione del condannato».

117 Cfr. *Programma elettorale* presentato dal Pd, cit.

invece i programmi delle forze politiche di centro/destra risultate poi vincentrici alle elezioni.

Nel riservare ampio spazio al «principio fondamentale della certezza della pena, grazie ad un nuovo piano carceri»¹¹⁸, che dovrebbe escludere qualunque provvedimento *svuota carceri*, questo indirizzo si preoccupa soprattutto di rafforzare l'organico¹¹⁹ e la dotazione della Polizia penitenziaria¹²⁰, non dedicando alcuno spazio alla condizione dei detenuti nelle carceri.

Tutte le forze politiche, della maggioranza e della stessa opposizione, appaiono invece accomunate nel sottolineare l'esigenza di migliorare le condizioni di lavoro e, soprattutto, la formazione¹²¹ delle diverse tipologie di personale (dalla polizia penitenziaria, agli educatori, ai dirigenti e alle altre figure amministrative) che, oltre a vigilare sulla sicurezza, dovrà affiancare il detenuto nella fase di rieducazione.

Una *radicale* riforma di tutte le professioni penitenziarie, accanto al miglioramento delle loro condizioni di lavoro, comprensive del «benessere psicofisico»¹²², potrebbe porre rimedio ad una diffusa insoddisfazione, che ha pure condotto a gesti suicidari da parte di alcuni Agenti¹²³. Tali interventi contribuirebbero certamente a ridurre le tensioni, da cui sono derivate le violenze denunciate in premessa, dovute principalmente al logorio cui è sottoposto il personale, anche a causa di frequenti emergenze aggravate dall'inadeguatezza strutturale degli ambienti di lavoro e da una carenza dei mezzi a sua disposizione.

118 Cfr. *Dichiarazioni programmatiche* illustrate alle Camere (in data 25 ottobre 2022) dal Presidente del Consiglio incaricato, on. Giorgia Meloni, per ottenere la fiducia, reperibili all'indirizzo <https://www.governo.it/>.

119 La cui carenza è valutata nell'ordine di un 16%: cfr. A. MACULAN, *Non solo detenuti: chi lavora nelle nostre carceri?*, *Il carcere secondo la Costituzione*, XV Rapporto sulle condizioni di detenzione, maggio 2019, reperibile all'indirizzo <https://www.antigone.it/>

120 Cfr. *Programma* di Fratelli d'Italia, reperibile all'indirizzo <https://www.fratelli-italia.it/>. Tra i primi provvedimenti assunti dal Parlamento con la legge di bilancio 2023 (art. 1, commi 858 e 864, legge 29 dicembre 2022, n. 197) rientra proprio la previsione di assunzione straordinaria di un contingente massimo di mille unità del corpo di Polizia penitenziaria al fine di «incidere positivamente su livelli di sicurezza, di operatività e di efficienza degli istituti penitenziari e di incrementare le attività di controllo dell'esecuzione penale esterna».

121 Auspicando in particolare il perfezionamento, da parte di tutte le figure professionali, delle conoscenze in criminologia e in psicologia giudiziaria.

122 Cfr. *Programmi* della Lega, reperibile all'indirizzo <https://static.legasonline.it/> e del Movimento 5 Stelle, all'indirizzo <https://www.movimento5stelle.eu/>.

123 *Suicidi nella polizia penitenziaria, quel dato allarmante*, di L. MANCONI, in *La Repubblica* del 18 marzo 2022.

CAPITOLO PRIMO
SALVAGUARDIA DEL DIRITTO ALLA
SALUTE NEI LUOGHI DI DETENZIONE

LUIGI KALB
LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE
A FAVORE DEI DETENUTI
NELL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE
DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. *Status* detentivo e diritto alla salute: considerazioni introduttive. 2. Il diritto vivente nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea: a) l'adeguatezza delle cure. 3. Segue: b) la compatibilità con la struttura carceraria. 4. Segue: c) le condizioni igienico-sanitarie e la salute psichica. 5. Segue: d) i suicidi e gli scioperi della fame. 6. Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza nazionale.

1. L'attenzione che all'interno della nostra comunità sociale è stata riservata a quel complesso di funzioni in grado di assicurare il «diritto alla salute» ha sempre mantenuto livelli di particolare rilievo, atteso l'indiscutibile valore attribuito a tale diritto in vista degli effetti conseguenti alla sua puntuale e uniforme attuazione.

Negli ultimi anni il tema ha acquisito ulteriore centralità per svariate ragioni, che vanno dalla necessità di offrire risposte efficaci e tempestive per contrastare l'emergenza pandemica originata dalla diffusione del *Co-vi-d-19*, alla ulteriore e connessa esigenza di garantire risorse finanziarie in grado di assicurare a tutti i cittadini – senza alcuna disparità in ragione dello *status* sociale, del proprio reddito e della residenza – livelli di assistenza e di cure adeguati, nonché all'altro bisogno – anche questo inevitabilmente connesso all'individuazione di risorse economiche e di professionalità – di assicurare identico diritto anche all'interno delle strutture penitenziarie nei confronti dei destinatari di una misura restrittiva della libertà personale.

Quest'ultimo profilo di studio ha, da sempre, attirato l'interesse tanto degli studiosi, quanto della comunità sociale, in ragione della pluralità di vicende che ne hanno alimentato l'approfondimento, dando luogo alla produzione di una significativa elaborazione giurisprudenziale, interna e sovranazionale, e all'analisi dello specifico quadro normativo di riferimento.

La consapevolezza della estrema rilevanza di questo tema e dell'impegno profuso dai diversi attori istituzionali che se ne sono occupati sono efficacemente documentati nell'ampia produzione scientifica che, nel tempo, si è soffermata sulla reale dimensione del diritto alla salute nell'istituzione carceraria.

Il documento più recente dal quale trarre spunti di riflessione in merito alla concreta attuazione del diritto in questione nelle istituzioni dei Paesi dell'Unione europea è offerto dalla Commissione europea che ha prodotto una Raccomandazione «sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione»¹.

Premesse le modalità di acquisizione delle informazioni che hanno consentito l'allestimento di un *database* sulle condizioni di detenzione presenti negli Stati membri, la Raccomandazione dedica alcune considerazioni preliminari volte a ribadire i principi che sono alla base di una legale restrizione della libertà personale.

Innanzitutto, si afferma che adeguate condizioni materiali di detenzione sono fondamentali per la salvaguardia dei diritti e della dignità delle persone private della libertà e per prevenire violazioni al divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (punto 24). Agli Stati membri compete tener conto delle particolari esigenze di particolari gruppi di detenuti, comprese donne, bambini, anziani, persone con disabilità o gravi condizioni di salute (punto 29), in quanto il rispetto della dignità umana (punto 33) non consente disparità di trattamento.

In altri termini, la Raccomandazione è diretta a stabilire orientamenti affinché gli Stati membri adottino misure efficaci, adeguate e proporzionate per rafforzare i diritti di tutti gli indagati e gli imputati che in un procedimento penale siano privati della libertà, in relazione sia ai diritti processuali delle persone sottoposte a custodia cautelare, sia a condizioni materiali di detenzione, al fine di garantire a tali persone il rispetto della loro dignità, dei loro diritti fondamentali e del limite rappresentato dalla condizione secondo la quale la privazione della libertà personale costituisce solo una misura estrema.

Per quanto concerne l'assistenza sanitaria, si attribuisce agli Stati membri il compito di garantire ai detenuti l'accesso tempestivo all'assistenza medica, anche psicologica, di cui hanno bisogno per mantenere la loro salute fisica e mentale. A tal fine, è necessario che tale assistenza sanitaria nelle strutture detentive risponda agli stessi *standard* previsti dal sistema sanitario pubblico nazionale, anche per quanto riguarda le cure psichiatriche.

Ciò significa che gli Stati membri dovrebbero fornire un controllo medico regolare e dovrebbero incoraggiare programmi di vaccinazione e

1 *European Commission, Recommendation on procedural rights of suspects and accused persons subject to pre-trial detention and on material detention conditions*, Brussel, 8 dicembre 2022, C (2022) 8987 final.

screening sanitari seguiti da diagnosi e dall'inizio del trattamento ove richiesto. In particolare, gli Stati membri dovrebbero garantire che venga prestata particolare attenzione al trattamento dei detenuti con tossicodipendenza, alla prevenzione e cura delle malattie infettive, della salute mentale e del suicidio.

Gli Stati membri dovrebbero esigere che venga effettuata una visita medica senza indebito ritardo all'inizio di qualsiasi periodo di privazione della libertà e successivamente all'eventuale trasferimento. Così come dovrebbero tener conto dei bisogni psicologici e sanitari in occasione delle decisioni riguardanti qualsiasi aspetto della loro detenzione.

Sempre in tema di assistenza medica la Raccomandazione prospetta agli Stati membri la necessità di consentire alle detenute di partorire in un ospedale al di fuori della struttura di detenzione. In caso di nascita all'interno della struttura di detenzione, gli Stati membri dovrebbero predisporre tutto il sostegno e le cure necessarie per proteggere il legame tra madre e figlio e per salvaguardare il loro benessere fisico e mentale, compresa un'adeguata assistenza sanitaria prenatale e postnatale.

Un'attenzione particolare è destinata ai minori, nei confronti dei quali occorre predisporre un adeguato e multidisciplinare regime detentivo, che assicuri e preservi la loro salute e le loro condizioni fisiche e psichiche.

Altro specifico richiamo è destinato alle persone con disabilità, a quelle con condizioni mediche gravi e a quelle che presentano una malattia mentale.

Innanzitutto, occorre che a costoro siano assicurate cure adeguate paragonabili a quelle fornite dal sistema sanitario pubblico nazionale, in modo da garantire una risposta alle loro esigenze specifiche. Nei confronti delle persone a cui viene diagnosticata una malattia mentale è indispensabile assicurare condizioni mediche idonee ad offrire cure professionali specializzate e, ove necessario, istituzioni specializzate o sezioni dedicate della struttura di detenzione sotto sorveglianza medica, in modo che sia assicurata la continuità dell'assistenza sanitaria.

Dal complesso degli orientamenti contenuti nella Raccomandazione risulta inequivocabile la necessità di realizzare un sistema in grado di soddisfare l'esigenza di garantire ai detenuti con disabilità o con gravi condizioni mediche l'accesso alle cure, adeguando di conseguenza le condizioni e le modalità materiali di detenzione.

Per favorire la piena attuazione di queste sollecitazioni, la Raccomandazione si chiude con la previsione di un monitoraggio e di un controllo, attribuendo agli Stati membri il compito di agevolare ispezioni regolari da parte di un'autorità indipendente al fine di valutare il rispetto presso le strutture di detenzione della disciplina in conformità dei requisiti del diritto

nazionale e internazionale. In particolare, gli Stati membri dovrebbero concedere l'accesso senza ostacoli al Comitato per la prevenzione della tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti.

Le puntuali indicazioni contenute in questa recente Raccomandazione impongono un primo, immediato confronto con il quadro normativo nazionale destinato a disciplinare il non facile temperamento tra le modalità di detenzione e quelle di assistenza sanitaria.

Per quanto concerne l'esecuzione delle misure cautelari coercitive nell'art. 275 del codice di rito si rintracciano i criteri normativi disciplinanti detto temperamento.

Innanzitutto, si individuano le ipotesi che impediscono l'adozione della misura custodiale in carcere – «non può essere disposta né mantenuta» – rappresentate dalla condizione dell'imputato-donna, incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero dell'imputato-padre qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. Altresì, non può essere disposta la custodia cautelare in carcere quando imputato sia persona che ha superato l'età di settanta anni.

In ogni caso, si deroga a tale indicazione codicistica ove «sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza».

Se nelle ipotesi descritte nel comma 4 dell'art. 275 c.p.p. la tutela della salute emerge in ragione della particolare età del destinatario della misura cautelare, nel comma 4-*bis* la condizione ostativa al mantenimento o all'adozione della custodia cautelare in carcere è costituita dalla presenza di una malattia originata dalla presenza di AIDS conclamato oppure di una grave deficienza immunitaria – entrambe accertate ai sensi dell'art. 286-*bis*, comma 2, c.p.p. – ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le condizioni di salute dell'indagato o dell'imputato risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.

Nell'ipotesi di cui al comma 4-*bis*, ove sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non sia possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. Se l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, gli arresti domiciliari possono essere disposti presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS, ovvero presso una residenza collettiva o casa alloggio di cui all'articolo 1, comma 2, l. 5 giugno 1990, n. 135 (art. 275, comma 4-*ter*, c.p.p.).

La soluzione vede di nuovo privilegiare la custodia cautelare in carcere qualora il soggetto risulti imputato o sia stato sottoposto ad altra misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., relativamente a fatti commessi dopo l'applicazione delle misure disposte ai sensi dei commi 4-bis e 4-ter. In tal caso il giudice dispone che l'imputato venga condotto in un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie (art. 275, comma 4-*quater*, c.p.p.).

La custodia cautelare in carcere non può comunque essere disposta o mantenuta quando la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative (art. 275, comma 4-*quinquies*, c.p.p.).

La necessità di assicurare assistenza sanitaria per i destinatari di una restrizione in carcere è proclamata anche nell'art. 11 ord. penit.

Innanzitutto, non è trascurato l'onere informativo, atteso che la carta dei servizi sanitari di cui al d. lgs. 22 giugno 1999, n. 230, per i detenuti e gli internati, adottata da ogni azienda sanitaria locale nel cui ambito è ubicato un istituto penitenziario, è messa a disposizione dei detenuti e degli internati con idonei mezzi di pubblicità.

L'esigenza di garantire concretezza delle cure o degli accertamenti sanitari impone che, con provvedimento del giudice che procede, gli imputati siano trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura ove non possano essere apprestati dai servizi sanitari presso gli istituti².

È bene sottolineare che gli accertamenti sanitari iniziano all'atto dell'ingresso nell'istituto penitenziario: il detenuto e l'internato sono sottoposti a visita medica generale e ricevono dal medico informazioni complete sul proprio stato di salute. Nella cartella clinica il medico annota immediatamente ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti e, fermo l'obbligo di referto, ne dà comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza. I detenuti e gli internati hanno diritto altresì di ricevere informazioni complete sul proprio stato di salute durante il periodo di detenzione e all'atto della rimessione in libertà. Durante la permanenza nell'istituto, l'assistenza sanitaria è prestata con periodici riscontri, effettuati con cadenza allineata ai

2 Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari; provvede il pubblico ministero in caso di giudizio direttissimo e fino alla presentazione dell'imputato in udienza per la contestuale convalida dell'arresto in flagranza. Se è proposto ricorso per cassazione, provvede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Per i condannati e gli internati provvede il magistrato di sorveglianza.

bisogni di salute del detenuto, e si uniforma ai principi di metodo proattivo, di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, d'integrazione dell'assistenza sociale e sanitaria e di garanzia della continuità terapeutica.

Il medico del servizio sanitario garantisce quotidianamente la visita dei detenuti ammalati e di quelli che ne fanno richiesta quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica. L'Amministrazione penitenziaria assicura il completo espletamento delle attività sanitarie senza limiti orari che ne impediscono l'effettuazione. Il medico competente che effettua la sorveglianza sanitaria della struttura penitenziaria, secondo le disposizioni attuative del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, controlla l'idoneità dei soggetti ai lavori cui sono addetti. In ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere.

Ai detenuti e agli internati che, al momento della custodia cautelare in carcere o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, abbiano in corso un programma terapeutico ai fini di cui alla l. 14 aprile 1982, n. 164, sono assicurati la prosecuzione del programma e il necessario supporto psicologico.

Iniziative specifiche sono attivate in caso di contagi. Nel caso di diagnosi anche sospetta di malattia contagiosa sono messi in atto tutti gli interventi di controllo per evitare insorgenza di casi secondari, compreso l'isolamento. Il direttore dell'istituto è immediatamente informato dell'isolamento e ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza.

Il diritto alla salute non preclude anche nel contesto carcerario il ricorso a professionisti esterni. I detenuti e gli internati, possono richiedere di essere visitati a proprie spese da un esercente di una professione sanitaria di loro fiducia. L'autorizzazione per gli imputati è data dal giudice che procede, e per gli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, per i condannati e gli internati è data dal direttore dell'istituto. Con le medesime forme possono essere autorizzati trattamenti medici, chirurgici e terapeutici da effettuarsi a spese degli interessati da parte di sanitari e tecnici di fiducia nelle infermerie o nei reparti clinici e chirurgici all'interno degli istituti, previ accordi con l'azienda sanitaria competente e nel rispetto delle indicazioni organizzative fornite dalla stessa.

Il monitoraggio in ordine all'espletamento di quanto previsto da tale fonte normativa trova distinte modalità di attuazione.

Da un lato, è previsto che il direttore generale dell'azienda di unità sanitaria disponga la visita almeno due volte l'anno degli istituti di prevenzione e di pena, allo scopo di accertare, anche in base alle segnalazioni ricevute, l'adequatezza delle misure di profilassi contro le malattie infettive e le condizioni igieniche e sanitarie degli istituti.

Dall'altro, il direttore generale dell'azienda di unità sanitaria riferisce al Ministero della salute e al Ministero della giustizia sulle visite compiute e sui provvedimenti da adottare, informando altresì i competenti uffici regionali, comunali e il magistrato di sorveglianza.

2. Prima di approfondire i contenuti dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito al tema oggetto di studio è necessario tener presente un dato preliminare: la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene alcuna disposizione espressamente e specificamente dedicata al diritto alla (tutela della) salute.

Come ampiamente sottolineato dalla dottrina, questa mancanza trova la sua giustificazione con l'estraneità all'interno del sistema originario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo della categoria dei cosiddetti diritti sociali, alla quale appunto si riconduce il diritto alla salute³.

Ciò non significa, tuttavia, che il diritto alla salute e, più in generale, i diritti sociali, non trovino alcuna forma di tutela nell'ambito del sistema della Convenzione europea, in particolare ad opera della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima ha sviluppato nel tempo una nutrita giurisprudenza anche in materia di diritti sociali, tramite un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione.

Proprio a proposito del diritto alla salute si è così realizzata una tutela indiretta⁴, nel senso che la garanzia del relativo diritto è stata riconosciuta quale corollario del diritto alla vita (art. 2 Cedu), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu), del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 Cedu).

In particolare, dall'esame dei risultati dell'elaborazione giurisprudenziale risulta che la Corte europea ha fatto rientrare nell'ambito della tutela convenzionale il diritto alla salute delle persone detenute, valutando la compatibilità delle condizioni della detenzione rispetto alla Convenzione ovvero verificando se le specifiche modalità di esecuzione integrassero un trattamento inumano o degradante in violazione dell'art. 3 Cedu.

3 Per un'ampia e dettagliata disamina della giurisprudenza sovranazionale v. F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017, 207 ss.

4 Di garanzia di riflesso parlano A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *www.gruppodipisa.it*, maggio 2012, 2 e D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 159.

Quest'ultimo, in ragione della previsione e della sua interpretazione da parte della Corte di Strasburgo, ha acquisito una portata tale da coinvolgere molteplici *species* di violazioni del divieto di tortura e trattamenti o pene inumani o degradanti. Facendo riferimento alle caratteristiche della disposizione e alle sue modalità applicative, la Corte europea è giunta alla conclusione che tali violazioni sono configurabili anche in ipotesi di mancata tutela della salute dei soggetti *in vinculis*, in quanto la *ratio* sottostante al diritto consacrato nell'art. 3 Cedu va ravvisata nella totale protezione della dignità umana.

Altro dato da premettere attiene all'identificazione di una «soglia minima» idonea a consentire la valutazione del caso concreto all'interno della fattispecie prevista dall'art. 3 Cedu.

Per la Corte europea è necessario che sia raggiunta «una soglia minima di gravità, la cui determinazione è, per natura, relativa: dipende da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, le sue conseguenze fisiche o mentali e, in certi casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima, ecc.»⁵.

Partendo dall'assunto che alla persona *in vinculis* non è precluso il godimento dei diritti consacrati nella Convenzione e che ad ogni forma di privazione della libertà personale è comunque correlato un «inevitabile elemento di umiliazione», la Corte ha evidenziato come il superamento della soglia minima di gravità delimitante l'ambito applicativo dell'art. 3 Cedu imponga l'accertamento, caso per caso, di modalità di esecuzione tali da determinare un'umiliazione ed uno svilimento di «livello particolare» e, in ogni caso, diversi ed ulteriori da quelli connaturati ed ineliminabili⁶.

Da ricordare quanto sostenuto dalla Grande Camera a proposito degli obblighi gravanti su ciascun Stato in tema di trattamento dei detenuti: le condizioni di detenzione devono essere compatibili con il rispetto della dignità umana; le modalità di esecuzione della misura non devono sottoporre il detenuto a sofferenze ed angoscia di intensità tale da eccedere l'inevitabile livello di sofferenza insito nella detenzione; la sua salute e il suo benessere devono essere adeguatamente assicurati tramite, fra l'altro, la necessaria assistenza medica⁷.

5 Cfr. Corte EDU, 18 gennaio 1978, Irlanda c. Regno Unito, ric. n. 5310/71, § 162, anche se poi l'elaborazione giurisprudenziale sul punto ha finito per espandere i limiti di tale soglia.

6 Cfr. Corte EDU, 25 aprile 1978, Tyrer c. Regno Unito, ric. n. 5856/72, § 30; v. anche Corte EDU, 25 marzo 1993, Costello-Roberts c. the United Kingdom, ric. n. 13134/87, § 30.

7 Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia, ric. n. 30210/96, § 94. Cfr. pure Id., Grande Camera, 3 gennaio 2019, Rooman c. Belgio, ric. n.

La produzione giurisprudenziale sul riconoscimento della tutela del diritto alla salute negli istituti penitenziari ricopre un significativo arco temporale e può essere suddivisa in distinti profili di studio ad iniziare da quello avente ad oggetto il diritto a cure adeguate e tempestive.

Da una nutrita serie di decisioni, infatti, risulta la violazione dell'art. 3 Cedu a seguito dell'accertato mancato o ritardato adeguamento delle cure alle condizioni di salute del detenuto, con conseguente aggravamento della situazione personale⁸.

È il caso in cui si è pervenuti alla condanna per l'omessa adozione, da parte delle autorità penitenziarie, di adeguate misure a fronte dell'aggravamento delle condizioni di salute di un detenuto malato di leucemia⁹; per il differimento di un'assistenza medica adeguata agli effettivi bisogni di un detenuto gravemente malato di sclerosi multipla¹⁰; per la carenza di cure per una donna malata di epatite e viremia¹¹; per l'effettuazione di una diagnosi non seguita da adeguati trattamenti e controlli medici¹²; per la mancanza di una terapia corrispondente alla diagnosi stabilita e un controllo medico adeguato in ragione delle carenze strutturali del sistema penitenziario¹³; per l'omessa terapia riabilitativa, la cui prestazione era possibile

18052/11. Secondo S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (Parte I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 392 ss., la Corte, coniugando *health* e *well-being*, sembra far propria la nozione ampia, adottata, ad esempio, dall'OMS, di salute non solo come «assenza di malattie o infermità», ma come «stato di benessere fisico, mentale e sociale completo». Cfr., da ultimo, pure Corte di Giustizia UE, 19 aprile 2023, C-699/21.

8 Cfr. Corte EDU, 9 settembre 2014, Carrella c. Italia, ric. n. 33955/07; Id., 24 aprile 2014, G.C. c. Italia, ric. n. 73869/10. L'efficacia del trattamento dispensato presuppone quindi che le autorità penitenziarie offrano al detenuto le cure mediche prescritte da medici competenti (24 maggio 2007, Gorodnitchev c. Russia, n. 52058/99, § 91; 3 maggio 2007, Soysal c. Turchia, n. 50091/99, § 50). Inoltre, la diligenza e la frequenza con cui le cure mediche vengono dispensate all'interessato costituiscono parametri indispensabili per valutare la compatibilità del suo trattamento con le esigenze dell'art. 3 della Convenzione, tenendo conto ogni volta del particolare stato di salute del detenuto interessato (11 marzo 2004, Iorgov c. Bulgaria, n. 40653/98, § 85; 21 luglio 2005, Rohde c. Danimarca, n. 69332/01, § 106; 2 novembre 2006, Serifis c. Grecia, n. 27695/03, § 35; 10 aprile 2007, Sediri c. Francia (dec.), n. 4310/05).

9 Corte EDU, 14 novembre 2002, Mouisel c. Francia, ric. n. 67263/01.

10 Corte EDU, 2 novembre 2006, Serifis c. Grecia, ric. n. 27695/03.

11 Corte EDU, 12 luglio 2007, Testa c. Croazia, ric. n. 20877/04.

12 Corte EDU, 24 febbraio 2009, Poghosyan c. Georgia, ric. n. 9870/07.

13 Corte EDU, 29 gennaio 2013, Cirillo c. Italia, ric. n. 36276/10.

soltanto al di fuori del carcere, in un luogo specializzato¹⁴; per il rifiuto di fornire ad un detenuto le protesi dentarie di cui aveva bisogno e che non poteva permettersi di acquistare¹⁵ o per gli occhiali da vista danneggiati durante l'arresto¹⁶.

Dall'analisi del complessivo quadro offerto dalla Corte europea sembra di poter cogliere le cause della violazione alla Convenzione in *deficit* incidenti su tre «*obligations particulières*»: verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da poter scontare la pena, somministrargli le cure mediche necessarie e adattare, ove necessario, le condizioni generali di detenzione al suo particolare stato di salute¹⁷.

La riflessione che scaturisce da queste indicazioni consente di ribadire quanto sia rilevante l'attenzione per lo stato di salute del detenuto.

Innanzitutto, dal primo obbligo consegue che la «capacità di subire una detenzione»¹⁸ diventi presupposto indefettibile per la sua materiale esecuzione secondo le modalità stabilite dall'ordinamento interno, mentre la necessità di ricevere cure può dar luogo a provvedimenti diversi. Infatti, da un lato, dall'art. 3 della Convenzione non è possibile dedurre un obbligo generale di rimettere in libertà il detenuto o di trasferirlo in un ospedale civile, anche se affetto da una malattia particolarmente difficile da curare¹⁹; dall'altro, non si esclude che in casi eccezionali, di assoluta incompatibilità delle condizioni di salute con la detenzione, l'art. 3 Cedu esiga, a certe condizioni, la liberazione dell'individuo²⁰ oppure l'adozione di misure di natura umanitaria per porvi rimedio²¹.

14 Corte EDU, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia, ric. n. 2447/05. Cfr. pure Id., 19 febbraio 2015, Helhal c. Francia, ric. n. 10401/12.

15 Corte EDU, 16 febbraio 2010, V.D. c. Romania, ric. n. 7078/02.

16 Corte EDU, 20 aprile 2010, Slyusarev c. Russia, ric. n. 60333/00.

17 Cfr. Corte EDU, 9 settembre 2010, Xiros c. Grecia, ric. n. 1033/07, § 73; Id., 24 aprile 2014, G.C. c. Italia, ric. n. 73869/10. In dottrina, v. F. CASSIBBA, A. COLELLA, Art. 3. *Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), Torino, 2022, 103-104; F. CECCHINI, *op.cit.*, 233.

18 Corte EDU, 9 settembre 2010, Xiros c. Grecia, cit., § 74.

19 Cfr. Corte EDU, 14 novembre 2002, Mouisel c. Francia, cit., § 40; Id., 9 settembre 2014, Carrella c. Italia, ric. n. 33955/07.

20 Cfr. Corte EDU, 19 luglio 2007, Rozhkov c. Russia, ric. n. 64140/00, § 104.

21 V. Corte EDU, 15 gennaio 2004, Matencio c. Francia, n. 58749/00, § 76; Id., 15 gennaio 2004, Sakkopoulos c. Grecia, n. 61828/00, § 38. Cfr. pure Corte EDU, 28 novembre 2017, Dorneanu c. Romania, ric. n. 55089/13, ove si è rilevato che le procedure applicate hanno privilegiato le formalità rispetto alle considerazioni umanitarie, impedendo così al ricorrente morente di trascorrere i suoi ultimi giorni in modo dignitoso.

La seconda prescrizione, volta a garantire idonei controlli medici e la connessa somministrazione delle cure necessarie, impone che le autorità penitenziarie forniscano al detenuto i trattamenti prescritti dai sanitari competenti²². È evidente che tale risultato presupponga un costante monitoraggio adeguato alle reali condizioni di salute del detenuto, nonché la frequenza della somministrazione delle cure da valutare in ragione dell'evoluzione dell'eventuale malattia. Ciò significa che anche l'eventuale deterioramento delle condizioni di salute del detenuto non comporta automaticamente la responsabilità dello Stato per violazione del divieto di pene inumane o degradanti, in quanto va accertato, caso per caso, il nesso con le provate lacune nell'apprestamento delle cure²³.

Per quanto concerne la terza delle «*obligations particulières*», le indicazioni provenienti dalla Corte mettono in risalto la necessità che l'ambiente carcerario sia adattato, ove occorra, alle peculiari esigenze del detenuto, onde «consentirgli di scontare la sua pena in condizioni che non incidano sulla sua integrità morale»²⁴. L'elaborazione giurisprudenziale sul punto evidenzia l'adozione di misure idonee a consentire ai detenuti sofferenti a causa di significative disabilità fisiche di soddisfare le proprie esigenze personali quotidiane in modo conforme al rispetto della dignità umana²⁵.

A questo proposito è lecito chiedersi quale sia lo *standard* di adeguatezza delle cure mediche da assicurare. Non mancano soluzioni differenti, in

22 Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 23 marzo 2016, Blokhin c. Russia, ric. n. 47152/06. V. pure Corte EDU, 2 maggio 2023, S. P. c. Russia, ric. n. 36463/11.

23 Così, ad esempio, Corte EDU, 15 gennaio 2004, Sakkopoulos c. Grecia, cit., ha escluso la violazione dell'art. 3 Cedu, non emergendo dalle prove raccolte che il peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente – affetto da diabete ed insufficienza cardiaca – durante il tempo della sua detenzione fosse attribuibile alle autorità penitenziarie. Di qui il mancato raggiungimento della soglia minima di gravità. Cfr. anche Corte EDU, 5 marzo 2013, Tellissi c. Italia, ric. n. 15434/11.

24 Corte EDU, 9 settembre 2010, Xiros c. Grecia, cit., § 76. Da ultimo, v. Corte EDU, 7 marzo 2023, Mamasakhlisi c. Georgia e Russia, ric. n. 29999/04 e 41424/04.

25 Si pronunciano su questo aspetto: Corte EDU, 10 luglio 2001, Price c. Regno Unito, ric. n. 33394/96; Corte EDU, 24 ottobre 2006, Vincent c. Francia, ric. n. 6253/03 (che ha concluso per la violazione dell'art. 3 Cedu a fronte dell'impossibilità per il ricorrente, paraplegico, di muoversi autonomamente all'interno del carcere); Corte EDU, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia, ric. n. 2447/05, § 72: «la detenzione di una persona handicappata in un istituto in cui non può spostarsi con i propri mezzi, come nel caso di specie, durata così a lungo, costituisc[e] un trattamento degradante proibito dall'articolo 3». Per un esame della vicenda si rimanda a L. CESARIS, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2012, 213-215 e 220-221. V. inoltre Corte EDU, 12 marzo 2013, Zarzycki c. Polonia, ric. n. 15351/03.

quanto se talvolta si è giunti alla conclusione che queste debbano essere «di un livello paragonabile a quello che le autorità dello Stato si sono impegnate a fornire a tutta la popolazione»²⁶, l'orientamento prevalente ritiene che l'art. 3 Cedu «non implica che sia garantito ad ogni detenuto lo stesso livello di cure mediche garantito dai migliori istituti di cura esterni all'ambiente carcerario»²⁷, fermo restando che, in ogni caso, la valutazione non può essere affrancata dalle «esigenze pratiche della carcerazione»²⁸ e dalle circostanze del caso concreto²⁹.

3. Il nostro diritto positivo offre risposte concrete al tema della compatibilità delle strutture carcerarie con la necessità di garantire cure mediche adeguate alle condizioni di salute del detenuto.

La Corte europea, a sua volta, è intervenuta in diverse occasioni per verificare se l'attuazione di tali previsioni nella specifica vicenda oggetto di esame avesse integrato la violazione dell'art. 3 Cedu.

L'elaborazione giurisprudenziale offre un primo caso di studio a proposito della vicenda che ha interessato, quale ricorrente, il Sig. Scoppola³⁰.

Detenuto nel carcere romano di *Regina Coeli* per l'esecuzione di una condanna per omicidio aggravato, tentato omicidio, maltrattamenti e porto abusivo d'armi³¹, a seguito di una relazione medica stilata a seguito di un ricovero in ospedale per rottura del femore, il Tribunale di sorveglianza gli concedeva gli arresti domiciliari ritenendo «che le [sue] condizioni di salute [...] esigevano, da un lato, delle terapie che non potevano essere prestate

26 Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*, cit., § 66.

27 Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*, cit., § 70. Nello stesso senso anche Corte EDU, 10 luglio 2007, *Mirilashvili c. Russia*, ric. n. 6293/04; Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Gladkiy c. Russia*, ric. n. 3242/03.

28 Corte EDU, 22 dicembre 2008, *Aleksanyan c. Russia*, ric. n. 46468/06, § 140.

29 Corte EDU, 16 dicembre 2010, *Kozhokar c. Russia*, ric. n. 33099/08, §§ 106-107.

30 In realtà si tratta di cinque pronunce della Corte europea rese su quattro ricorsi presentati contro l'Italia e alle conseguenti questioni determinate dalla seconda di dette pronunce: Corte EDU, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 50550/06; Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (no. 2), ric. n. 10249/03 (sulla violazione degli artt. 6 e 7 Cedu, relativamente alla retroattività della *lex mitior*); Corte EDU, 18 gennaio 2011, *Scoppola c. Italia* (no. 3), ric. n. 126/05 e Corte EDU, Grande Camera, 22 maggio 2012, *Scoppola c. Italia* (no. 3), ric. n. 126/05 (in materia di diritto di voto dei soggetti condannati); Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola c. Italia* (no. 4), cit. (sempre in tema di salute dei detenuti).

31 Sulla vicenda processuale v. M. GAMBARELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 2020-2021.

in prigione, e, dall'altro lato, potevano originare "una inutile violazione del divieto di trattamenti inumani nei riguardi del detenuto"³².

A seguito della revoca di tale decisione, «poiché non era stato possibile dare avvio al programma di arresti domiciliari a causa dell'impossibilità per il ricorrente di individuare un domicilio adatto alle proprie condizioni», è stata compulsata la Corte europea che ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu, per avere il ricorrente «continuato ad essere detenuto nel penitenziario di Roma [...] che il Tribunale di sorveglianza aveva considerato non adeguato alla luce delle patologie dell'interessato», con l'effetto di «porre il ricorrente in una situazione suscettibile di suscitare in lui angoscia, inferiorità ed umiliazione sufficientemente intensi da costituire un "trattamento inumano o degradante"³³.

La condanna dell'Italia muove dal rimprovero in ordine al ritardo del trasferimento presso altro penitenziario in grado di garantire il diritto alla salute del detenuto in ragione delle cure adeguate in relazione alle proprie condizioni. Le motivazioni addotte non fanno altro che ribadire come l'accertamento si fondi sui tre elementi rilevanti ai fini della verifica della compatibilità tra detenzione e stato di salute: le condizioni del detenuto, la qualità delle cure somministrate, l'appropriatezza del mantenimento della misura detentiva a fronte delle condizioni di salute³⁴.

Di particolare interesse risulta anche un'altra vicenda con quale si è iniziato a porre l'interrogativo della compatibilità della detenzione in carcere con le condizioni di salute nell'ipotesi di restrizione soggetta alle particolari modalità previste dall'art. 41-*bis* ord. penit.

In questo caso, la Corte europea ha ritenuto non incompatibile con l'art. 3 Cedu l'applicazione prolungata, nei confronti di un detenuto «affetto da più patologie [...] costretto a spostarsi su una sedia a rotelle [la cui] salute è peggiorata nel tempo», del regime speciale di detenzione di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., non avendo il ricorrente fornito elementi tali da ritenere la proroga delle restrizioni a lui imposte – «necessarie per impedire all'interessato, socialmente pericoloso, di man-

32 Corte EDU, 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia, cit., § 14.

33 Corte EDU, 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia, cit., § 51.

34 Corte EDU, 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia, cit., § 44. Merita di essere ricordato che, nonostante il trasferimento presso il carcere di Parma, ne è seguito altro ricorso che ha comportato un'ulteriore condanna per violazione dell'art. 3 Cedu, in ragione dell'accertata incompatibilità di questa successiva sistemazione con le sue condizioni di salute (Corte EDU, 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia (no. 4), cit.)

tenere contatti con l'organizzazione criminale alla quale appartiene» – manifestamente ingiustificata³⁵.

Il tema delle particolari condizioni di salute e della contestuale esecuzione di misure rientranti nel rigoroso regime dell'art. 41-*bis* ord. penit. è stato nuovamente ripreso in altra nota vicenda sottoposta all'attenzione della Corte europea³⁶.

In quest'ultimo procedimento il ricorrente ha mosso più lamentele: l'incompatibilità della detenzione con la sua età e con le sue condizioni di salute; la mancata adozione da parte delle autorità interne di tutte le misure necessarie per salvaguardare la sua salute e il suo benessere nel corso della detenzione; la violazione dell'art. 3 Cedu anche a seguito della protrazione del regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. comportava.

La Corte, nel sottolineare che l'art. 3 della Convenzione sancisce uno dei valori fondamentali per una società democratica, ha innanzitutto ribadito le conclusioni già pronunciate in altre vicende per quanto concerne il raggiungimento della soglia minima di gravità; la necessaria valutazione di tutte le circostanze del caso – quali la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima – il limite del sacrificio conseguente all'esecuzione della pena, avente un'intensità non superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione; l'insopprimibile esigenza di garantire in corso di esecuzione della restrizione in carcere il benessere e la salute del detenuto³⁷.

Anche in questa sentenza, la Corte non si è discostata dai precedenti orientamenti per quanto concerne l'adeguatezza delle cure mediche prestate, ribadendo che proprio tale indagine «rimane l'elemento più difficile da determinare» e che occorre «un certo grado di elasticità nel definire il livello di assistenza sanitaria richiesto, decidendolo caso per caso»³⁸. Ne consegue che il mero fatto che un detenuto sia visitato da un medico e gli sia prescritta una determinata cura non può condurre automaticamente a concludere che l'assistenza medica era adeguata³⁹. Le autorità devono inoltre assicurare che sia tenuto un registro completo dello stato di salute del detenuto e delle cure cui è sottoposto nel corso della detenzione (si veda *Khudobin c. Russia*, n. 59696, § 83, Cedu 2006-XII), che la dia-

35 Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01, §§ 61-65.

36 Si tratta di Corte EDU, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13.

37 Così Corte EDU, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, cit., §§ 126-127.

38 Corte EDU, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, cit., § 128-129.

39 Si veda Corte EDU, 29 novembre 2007, *Hummatov c. Azerbaigian*, ric. nn. 9852/03 e 13413/04, § 116.

gnosi e le cure siano sollecite e accurate (si vedano Melnik c. Ucraina, n. 72286/01, §§ 104-06, 28 marzo 2006, e Hummatov, sopra citata, § 115), e che, laddove sia richiesto dal carattere di una condizione medica, il controllo sia regolare e sistematico e riguardi una strategia terapeutica globale finalizzata a curare adeguatamente i problemi di salute dei detenuti o a prevenire il loro aggravamento, piuttosto che ad affrontarli su base sintomatica (si veda Blokhin c. Russia [GC] n. 47152/06, § 137, Cedu 2016).

All'esito di quanto emerso nella specifica vicenda, la Corte ha ritenuto non «accertato che la detenzione del ricorrente possa essere considerata per sé incompatibile con le sue – seppur gravi – condizioni di salute ed età avanzata, o che, date le esigenze pratiche della reclusione, la sua salute e il suo benessere non erano stati tutelati adeguatamente».

Il ricorrente ha pure sostenuto però che la protrazione della sua detenzione ai sensi del regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-*bis* ord. penit. ha violato l'art. 3 Cedu, argomentando che, alla luce del suo stato di salute, in particolare del grave deterioramento delle sue funzioni cognitive, le originarie ragioni per applicare il regime detentivo speciale non sussistevano più.

Sul punto, in via di premessa, la Corte ha rilevato innanzitutto di aver già avuto ampie opportunità di valutare tale regime in un notevole numero di cause di cui è stata investita, e di aver concluso che la sua applicazione non sollevava alcuna questione ai sensi dell'art. 3, anche se lo stesso era stato applicato per lunghi periodi di tempo. In tali cause la Corte ha ripetutamente ritenuto che, «quando si valuta se la proroga dell'applicazione di alcune restrizioni ai sensi del regime previsto dall'art. 41-*bis* raggiunga la soglia minima di gravità richiesta per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3, la durata temporale deve essere esaminata alla luce delle circostanze di ciascuna causa, il che comporta, *inter alia*, la necessità di accertare se il rinnovo o la proroga delle restrizioni contestate fossero giustificati o meno»⁴⁰.

La Corte ha ribadito che il rispetto «della dignità umana è l'essenza stessa della Convenzione e che l'oggetto e la finalità della Convenzione, strumento destinato a proteggere i singoli esseri umani, impongono che le sue disposizioni siano interpretate e applicate in modo da rendere le sue garanzie pratiche ed effettive (Svinarenko e Slyadnev, sopra citata, § 138)». Pertanto, la sottoposizione a una serie di restrizioni aggiuntive applicate dalle autorità penitenziarie a loro discrezione, senza fornire motivi suffi-

40 Corte EDU, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, cit., § 147.

cienti e pertinenti basati su una valutazione personalizzata della necessità, compromette la sua dignità umana e comporta la violazione del diritto di cui all'art. 3⁴¹.

Data la gravità della situazione, nel caso di specie la Corte ha ritenuto che, «nel marzo 2016 quando è stata prorogata l'applicazione del regime di cui all'articolo 41 *bis*, non soltanto la dichiarazione dei motivi che militavano a favore della proroga avrebbe dovuto essere maggiormente particolareggiata e convincente, ma si sarebbe dovuto tener conto dell'evoluzione del deterioramento cognitivo del ricorrente». Sul punto il decreto è risultato carente, così come è stato ritenuto carente in merito alla esplicita e autonoma valutazione da parte del Ministro della giustizia in ordine alla situazione cognitiva del ricorrente al momento in cui è stata presa la decisione.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte non è rimasta «persuasa del fatto che il Governo abbia dimostrato in modo convincente che, date le particolari circostanze del caso di specie, fosse giustificato prorogare nel 2016 l'applicazione del regime previsto dall'articolo 41 *bis*»⁴², concludendo per la violazione dell'art. 3 Cedu.

La produzione giurisprudenziale offre un altro provvedimento sul tema qui oggetto di approfondimento, originato dai ricorsi presentati da un rappresentante delle istituzioni di polizia, condannato in Italia per concorso esterno in associazione mafiosa.

In ragione delle diverse patologie gravi e complesse, il ricorrente, detenuto nel carcere militare di Santa Maria Capua Vetere, con plurime istanze aveva richiesto la sospensione dell'esecuzione della pena o la concessione della detenzione domiciliare, senza conseguire un esito positivo, nonostante la documentazione sanitaria presentata dimostrasse l'incompatibilità fra detenzione e condizioni di salute. In realtà, la detenzione domiciliare veniva concessa solo dopo nove mesi dalla prima istanza.

La Corte europea ha ritenuto accertata la violazione dell'art. 3 Cedu, per superamento della soglia minima di gravità, in considerazione di tre elementi: il contenuto dei certificati e referti medici a disposizione delle autorità italiane, il tempo trascorso prima della concessione della detenzione domiciliare, le stesse motivazioni delle decisioni di rigetto delle istanze del ricorrente⁴³.

41 Corte EDU, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, cit., § 152.

42 Corte EDU, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, cit., §157.

43 Corte EDU, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia (no. 2), ric. n. 7509/08, § 85.

Le valutazioni critiche formulate dalla Corte in questa vicenda hanno permesso di ribadire quanto sia rilevante la funzione attribuita alla magistratura di sorveglianza quale garante del rispetto dei diritti fondamentali del detenuto.

4. Un'altra serie di interventi giurisprudenziali interessano ulteriori cause della violazione dell'art. 3 Cedu, rappresentate dalla carenza di adeguate condizioni igienico-sanitarie e di adeguate cure a favore di detenuti affetti da malattie psichiche.

Per quanto concerne la prima carenza, non mancano pronunce che hanno individuato la violazione in esame nel caso di riscontrati *deficit* rilevanti⁴⁴, mentre più problematica è risultata un'identica conclusione nell'ipotesi di contrazione di una malattia infettiva⁴⁵.

Quest'ultima ipotesi – la cui portata riconduce alla situazione carceraria e alle connesse problematiche originata dall'emergenza pandemica da Covid-19 – ha indotto la Corte ad escludere l'accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu in base ad un rigoroso automatismo con la constata diffusione della malattia infettiva. Tra l'altro, pur se affette da HIV e Aids, si è escluso che potesse integrare la violazione in esame la collocazione nella stessa cella con altre detenute, in ragione delle cure mediche prestate⁴⁶.

La valutazione della compatibilità tra le condizioni di detenzione e gli *standard* da rispettare per non integrare un trattamento degradante riguarda pure i detenuti affetti da malattie psichiche.

In ragione delle condizioni di particolare vulnerabilità, la Corte ha ritenuto che la detenzione in un carcere ordinario, insieme a detenuti in buona salute, senza differenziare il relativo trattamento per coloro che sono affetti da tali malattie, può costituire di per sé trattamento degradan-

44 Cfr. Corte EDU, 29 gennaio 2009, Antropov c. Russia, ric. n. 22107/03, § 60, in cui il ricorrente lamentava, fra l'altro, la presenza di insetti e roditori nel suo letto. Così pure Id., 10 gennaio 2012, Ananyev c. Russia, ric. n. 42525/07 e 60800/08. Sulla carenza delle condizioni igieniche nei centri di accoglienza per immigrati, v. Corte EDU, JA c. Italia, 30 marzo 2023, ric. n. 21329/18.

45 Cfr. Corte EDU, 30 settembre 2010, Pakhomov c. Russia, ric. n. 44917/08, § 65; Corte EDU, 30 luglio 2009, Pitalev c. Russia, ric. n. 34393/03, § 53; Corte EDU, 18 ottobre 2007, Babushkin c. Russia, ric. n. 67253/01, § 56; Corte EDU, 8 novembre 2005, Alver c. Estonia, n. 64812/01, § 54.

46 Corte EDU, 16 luglio 2020, Dikaïou c. Grecia, ric. n. 77457/13. Per l'esigenza di assicurare *screening* periodici, v. Corte EDU, 8 marzo 2022, ric. n. 42010/18.

te, per il potenziale effetto di aggravamento delle già instabili condizioni psichiche del soggetto⁴⁷.

La necessità di assicurare le stesse garanzie attribuite agli altri detenuti ha permesso di concludere nel senso che anche il collocamento nel reparto psichiatrico del carcere può dar luogo a violazione dell'art. 3 Cedu, quando non siano assicurate cure mediche adeguate e la detenzione si prolunghi per un periodo di tempo significativo, senza realistiche prospettive di cambiamento⁴⁸.

Sempre sulla scia del consolidato orientamento formulato in merito alla necessità di assicurare cure adeguate e costanti, si è censurato l'ostacolo determinato dal programmato controllo psicologico periodico, causato da continui trasferimenti, con conseguente peggioramento della già fragile salute mentale del detenuto⁴⁹; così come si è esclusa la violazione dell'art. 3 Cedu ove nonostante l'inadeguatezza delle condizioni del reparto psichiatrico in cui il ricorrente sia stato detenuto, tali per cui allo stesso non sia assicurato un trattamento effettivo, non vi sia prova di un deterioramento della sua salute psichica⁵⁰.

Questi orientamenti hanno trovato conferma in una recente pronuncia contro in nostro Paese⁵¹.

La doglianza è stata originata dalla permanenza in un carcere ordinario nonostante le decisioni dei tribunali nazionali avessero dichiarato che la salute mentale del ricorrente era incompatibile con tale detenzione e avessero ordinato il suo trasferimento in un Centro residenziale per l'esecuzione delle misure di prevenzione (REMS). La Corte europea ha censurato tale permanenza in quanto le condizioni mentali del ricorrente risultavano incompatibili con la detenzione in carcere, tenuto conto anche delle indi-

47 Corte EDU, 18 dicembre 2007, Dybeku c. Albania, ric. n. 41153/06.

48 Corte EDU, 10 gennaio 2013, Claes c. Belgio, ric. n. 43418/09. V. pure Id., 8 aprile 2014, Marro c. Italia, ric. 29100/07, nel senso che gli Stati hanno l'obbligo di assicurare che la salute e il benessere dei detenuti siano adeguatamente garantiti soprattutto ove si tratti di soggetti vulnerabili.

49 Corte EDU, 17 novembre 2015, Bamouhammad c. Belgio, ric. n. 47687/13. Sul punto. V. anche Id., G.C., 26 aprile 2016, Murray c. Olanda, ric. n. 10511/10.

50 Corte EDU, 30 luglio 1998, Aerts c. Belgio, ric. n. 25357/94. Cfr. pure Corte EDU, 2 maggio 2023, S. P. c. Russia, cit., che ha sottolineato l'esigenza di assicurare il coordinamento del personale di sicurezza con gli operatori medici e della salute mentale.

51 Così Corte EDU, 24 gennaio 2022, Sy c. Italia, ric. 11791/20. Su tale pronuncia v. C. FONTANI, *R.E.M.S.: l'urgenza di una riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 265 ss. In relazione, poi, a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale (sent. n. 22/2022), v. M. PATARNELLO, *REMS, carcere e malattia mentale, fra bilanci e prospettive*, in *Quest. giust.*, 11 gennaio 2023.

cazioni chiare e inequivocabili dei tribunali nazionali nonché della totale carenza di prestazione medica globale per la sua malattia. Premesso che i governi dovrebbero organizzare i loro sistemi carcerari in modo da garantire il rispetto della dignità dei detenuti, indipendentemente dalle difficoltà finanziarie o logistiche, la Corte ha ritenuto che fosse compito del governo italiano, in assenza di un posto presso un Centro residenziale, trovare una soluzione alternativa adeguata.

5. Nel catalogo delle causali configurabili una violazione dell'art. 3 Cedu rientrano altri possibili oneri attribuiti alle autorità nazionali durante l'esecuzione della restrizione in carcere.

Meritano attenzione, a questo proposito, i casi di detenuti con tendenze suicide. In generale, nell'ipotesi di esito infausto va considerato l'obbligo positivo per lo Stato di adottare misure appropriate per la salvaguardia della vita, la cui carenza si verifica qualora le autorità penitenziarie, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di un rischio concreto ed immediato di suicidio, non abbiano adottato le misure che, ragionevolmente, sarebbero state idonee a scongiurare quel rischio⁵².

Ferma restando la valutazione caso per caso, la Corte ha riconosciuto rilevante ai fini della configurazione della violazione in esame eventuali precedenti tentativi di suicidio nonché diagnosi delle condizioni psichiche del detenuto⁵³; le informazioni fornite alle autorità circa l'eventuale peggioramento della sua salute⁵⁴; la circostanza che per il soggetto in questione sia stato disposto un ricovero psichiatrico obbligatorio⁵⁵; la mancata attuazione delle disposizioni relative alla cooperazione fra istituto penitenziario e servizi sanitari⁵⁶.

Un altro profilo di studio di indubbio interesse è rappresentato dallo spazio concesso ai trattamenti sanitari «forzati» nei confronti di detenuti o soggetti comunque sottoposti a misure di privazione della libertà personale.

52 Corte EDU, 3 aprile 2001, Keenan c. Regno Unito, ric. n. 27229/95, §§ 89 e 92. V. pure Id., 16 ottobre 2008, ric. n. 5608/05.

53 Corte EDU, 16 ottobre 2008, Renolde c. Francia, ric. n. 5608/05. Sul punto v. Id., 31 marzo 2020, Jeanty c. Belgio, ric. n. 82284/17, ove si è contestato il livello inevitabile di sofferenza inerente alla detenzione, in particolare a causa della mancanza di controllo e di cure mediche durante i periodi di detenzione, unita alla sua collocazione in una cella di isolamento per tre giorni come misura disciplinare nonostante i suoi ripetuti tentativi di suicidio.

54 Corte EDU, 1° giugno 2010, Jasińska c. Polonia, ric. n. 28326/05.

55 Corte EDU, 6 dicembre 2011, De Donder and De Clippel c. Belgio, ric. n. 8595/06.

56 Corte EDU, 4 febbraio 2016, Isenc c. Francia, ric. n. 58828/13.

In via preliminare, occorre sottolineare come la Corte europea abbia più volte affermato che «una misura, la quale rappresenti una necessità terapeutica, non può considerarsi inumana o degradante», purché «l'esistenza della necessità medica sia convincentemente dimostrata»⁵⁷.

Occorre però far rinvio ad una serie di parametri per ricondurre la vicenda all'interno di un procedimento giustificabile.

La decisione di procedere al trattamento in assenza di consenso deve essere assistita dal puntuale rispetto di adeguate garanzie procedurali; va preso in considerazione l'eventuale dolore fisico causato; va verificato l'intervento del personale medico e l'eventuale effetto di un peggioramento delle condizioni di salute del detenuto ovvero conseguenze durevoli sulla sua salute⁵⁸.

Le soluzioni fin qui esposte hanno trovato applicazione anche nelle pronunce ove si è affrontato il tema – ancora attuale – della alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame.

Occorre ricordare che la Commissione europea aveva sottolineato il potenziale conflitto fra il diritto individuale all'integrità fisica e l'obbligo positivo posto in capo agli Stati dall'art. 2 Cedu, quando un detenuto rifiuti di nutrirsi⁵⁹.

Sul punto, la Corte europea, in sintonia con quanto sostenuto a proposito dei trattamenti arbitrari, ha ribadito che l'alimentazione forzata, finalizzata a salvare la vita del detenuto, non può, in via di principio, considerarsi inumana o degradante, sempre che si dimostri la necessità medica del ricorso alla stessa, che siano rispettate le garanzie procedurali e che il modo in cui si proceda non superi la soglia minima di gravità⁶⁰.

Il tema è stato di nuovo, di recente, oggetto di valutazione. Il caso riguardava in particolare l'alimentazione forzata del ricorrente detenuto, dopo aver iniziato uno sciopero della fame per protestare contro le sue condizioni di detenzione. Il ricorrente ha sostenuto, tra l'altro, che lui e altri detenuti erano stati alimentati a forza al solo scopo di reprimere le loro proteste⁶¹.

57 Corte EDU, 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria*, ric. n. 10533/83, § 82. Principio ribadito da Corte EDU, 10 febbraio 2004, *Naoumenko c. Ucraina*, ric. n. 42023/98, § 112; Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, cit., § 69.

58 Corte EDU, 7 ottobre 2008, *Bogumil c. Portogallo*, ric. n. 35228/03, §§ 69 e 70.

59 Commissione EDU, X. c. Germania (1984) 7 EHRR 152; Commissione EDU, 20 ottobre 1997, *Ilijkov c. Bulgaria*, ric. n. 33977/96.

60 Corte EDU, 5 aprile 2005, *Nevmerzhitsky c. Ucraina*, ric. n. 54825/00.

61 Cfr. Corte EDU, 8 dicembre 2022, *Yakovlyev c. Ucraina*, ric. n. 42010/18.

La Corte europea ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 3 Cedu, riscontrando che lo Stato ucraino non aveva gestito adeguatamente la situazione in relazione al suo sciopero della fame e che lo aveva sottoposto a eccessiva costrizione fisica e dolore.

Una serie di elementi – quali la mancanza di spiegazioni nel rapporto medico sull'imminente rischio per la sua vita, l'assenza di necessità di ricovero in ospedale – ha indotto la Corte a non essere convinta della indispensabilità di ricorrere all'alimentazione forzata.

La Corte, inoltre, ha osservato che un'indagine sulle reali ragioni alla base della protesta per lo sciopero della fame e una risposta significativa alle loro lamentele e richieste sarebbe stato il modo giusto per lo Stato di esaminare e gestire la situazione. Poiché l'unica risposta allo sciopero della fame dei detenuti era stata l'alimentazione forzata, la Corte non ha escluso che l'obiettivo dell'alimentazione forzata fosse quello di reprimere le proteste nel carcere.

6. In conclusione, una sintetica esplorazione della giurisprudenza nazionale evidenzia il recepimento degli orientamenti provenienti dalla Corte europea, previa valorizzazione della funzione giurisdizionale ai cui organi è attribuita la ricerca di un non facile bilanciamento.

In sintonia con i principi più volte formulati dalla Corte costituzionale⁶², il giudice di legittimità ha precisato il perimetro di tale bilanciamento e specificato il ruolo del giudice.

Qualsiasi decisione è il risultato della combinazione tra il principio costituzionale di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge senza distinzione di condizioni personali, con quello secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e, infine, con l'altro secondo il quale la salute è un diritto fondamentale dell'individuo. Il giudice è chiamato a valutare se le condizioni di salute del condannato, oggetto di specifico e rigoroso esame, possano essere ade-

62 Cfr. Corte cost., 24 novembre 2020, n. 245 (secondo la quale, con riferimento ai detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., occorre «tutelare in modo pieno ed effettivo il loro diritto alla salute; ma è evidente che il bilanciamento con le pure essenziali ragioni di tutela della sicurezza collettiva contro il pericolo di ulteriori attività criminose dovrà essere effettuato con speciale scrupolo da parte del giudice, sulla base di una piena conoscenza dei dati di fatto che gli consentano di valutare se, e a quali condizioni, sia possibile il ripristino della detenzione, in modo comunque idoneo alla tutela della loro salute»); Id., 23 luglio 2002, n. 390; Id., 18 ottobre 1996, n. 351.

guatamente assicurate all'interno dell'istituto penitenziario o, comunque, in centri clinici penitenziari e se esse siano o meno compatibili con le finalità rieducative della pena, con un trattamento rispettoso del senso di umanità, tenuto conto anche della durata del trattamento e dell'età del detenuto, a loro volta soggette ad un'analisi comparativa con la pericolosità sociale del condannato⁶³.

La valutazione giudiziale è incentrata sull'esistenza di patologie di entità tale da far apparire l'espiazione della pena in contrasto con il senso di umanità cui si ispira la norma contenuta nell'art. 27 Cost., dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria. In tale evenienza, il giudice di sorveglianza competente è tenuto ad un attento e saggio bilanciamento, idoneo a contemperare nel modo migliore gli elevati valori in gioco⁶⁴.

È quindi necessario un bilanciamento dei diritti in gioco, poiché se così non fosse l'esecuzione della pena verrebbe illegittimamente ad incidere sul diritto alla salute costituzionalmente riconosciuto a tutti e si risolverebbe in un trattamento contrario al senso di umanità, cui la Costituzione deve ispirarsi⁶⁵.

Il fondamentale ruolo del giudice ha trovato conferma anche in occasione della giurisprudenza formatasi a seguito della legislazione attuata durante l'emergenza pandemica, nel senso che – seppur la detenzione in carcere costituisca obiettivamente un contesto nel quale è più facile la diffusione del *virus* – occorre pervenire al citato bilanciamento nel rispetto della norma codicistica secondo la quale occorre una situazione di concreta ed effettiva incompatibilità della detenzione in carcere. A tal fine, si deve tenere conto della presenza, nell'istituto penitenziario, di misure di precauzione idonee, nel rispetto delle prescrizioni di legge e di quelle regolamentari, a garantire una distanza di sicurezza tra detenuti «a rischio», nonché la possibilità che i reclusi che si trovano in condizioni di salute più precarie possano godere del trasferimento presso altri istituti o presso strutture sanitarie più adeguate del circuito penitenziario⁶⁶.

Se, da un lato, merita di essere condivisa la valorizzazione della funzione giurisdizionale secondo i criteri fin qui emersi, dall'altro, non può che lasciare perplessi la perenne carenza di risorse – tanto strutturali, quanto professionali – che continua ad impedire la concreta e piena tu-

63 Cfr. Cass., I, 19 aprile 2018, n. 22307, Dell'Utri.

64 Cass., I, 19 aprile 2018, cit.

65 Così Cass., V, 5 gennaio 2021, n. 165.

66 Cass., IV, 19 giugno 2020, n. 19880, in *C.E.D.* n. 279250.

tela del diritto alla salute a favore di tutti i destinatari della detenzione carceraria, così come puntualmente evidenziato dalla Corte europea nelle sue pronunce⁶⁷.

⁶⁷ A questo proposito si rinvia alle proposte formulate dalla Commissione ministeriale (presieduta dal Prof. Glauco Giostra) per la riforma dell'ordinamento penitenziario, in *Il progetto di riforma penitenziaria*, Roma, 2019, 124-127 e 435.

VITULIA IVONE

I FRAGILI CONTORNI DEL DIRITTO ALLA SALUTE DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le fonti: anatomia di un sistema legislativo complesso. 2.1. La CEDU e la tutela indiretta del diritto alla salute. 3. Il diritto alla salute del detenuto durante la pandemia da Covid-19. 4. La Relazione annuale al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale. 5. Gli esiti della Commissione Ruotolo. 6. Qualche considerazione conclusiva.

1. La cura della salute dei detenuti in carcere evoca il tema della dignità umana e non oblitera – né affievolisce – la consistenza dei diritti essenziali della persona, benché in regime di detenzione.

Il dibattito intorno al miglioramento della qualità dell'assistenza sanitaria nelle sue varie forme, alla corretta dislocazione dei servizi sul territorio, all'incremento della qualità dell'intervento diagnostico e di cura e all'evoluzione del rapporto fiduciario medico-paziente, dovrebbe essere appannaggio della società civile libera come dei luoghi di detenzione.

Tuttavia, la circostanza che vede il detenuto come persona costretta a vivere, per un periodo della sua vita, in un ambiente di comunità collettiva chiusa in cui le sue necessità quotidiane legate alla salute passano attraverso il filtro, obbligato e condizionato, degli operatori penitenziari di vario profilo – in particolare della polizia penitenziaria – inevitabilmente contribuisce a «conformare» la vita di queste persone in modo particolare e diverso rispetto alle persone libere.

Nell'attuale ordinamento penitenziario convivono, con inevitabili frizioni interne, l'istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di sicurezza sociale, che fin dai primi anni Novanta si è sovrapposta alla prima, piegando alcuni istituti alla funzione di incentivazione della collaborazione con l'Autorità giudiziaria ed escludendone altri dal trattamento rieducativo proprio in ragione di un incremento dell'efficacia meramente punitiva dell'esecuzione penale.

Diverse sono le carenze riscontrate in sede di applicazione della legislazione vigente, nonché le lacune normative che meritano di essere colmate

anche per esigenze di adeguamento agli standard internazionali in materia di cura del disagio psichico nei confronti di condannati a pena detentiva e di soggetti sottoposti a misure di sicurezza personali, tenendo anche conto delle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dai rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura.

La comprensione di questo universo dai confini fisici definiti, ma dalla identità complessa¹, necessita una analisi degli interventi del legislatore, che certamente ha risentito – nelle sue scelte – dell'assenza di una cultura penitenziaria identificabile e non frutto delle contingenze politiche e sociali che l'Italia ha vissuto nella storia repubblicana².

2. Il tema della salute dei detenuti non trova specifica menzione nell'art. 32 della Carta costituzionale che qualifica un diritto inalienabile di ogni persona, indipendentemente dalla condizione di libertà a o detenzione.

La vasta ermeneusi della norma – caratterizzata da una complessità difficile da ricondurre a semplicistica unitarietà – coagula, all'interno del generale diritto alla salute, posizioni giuridiche soggettive diverse per struttura e per contenuto, riottose ad una piena sovrapponibilità³.

- 1 Si veda D. GONIN, *Il Corpo incarcerato*, Torino, 1994, che paragona il carcere nei suoi percorsi ad un enorme tubo digerente che ingloba le persone.
- 2 I riferimenti possono essere molteplici e prendono spunto da momenti della storia della Repubblica italiana in cui le scelte legislative in materia penitenziaria sono state la scaturigine di eventi precisi: si pensi ai cc.dd. «anni di piombo», quando le istanze securitarie non sono state armonizzate con un ragionamento calibrato su quello che l'istituzione penitenziaria si era sforzata di essere nei decenni precedenti.
- 3 S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei, A. Levi, (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 336 ss.; F. PERGOLESI, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corriere amministrativo*, 1961; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e malattie professionali*, I, 1961, 1, ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 433 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967; S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. Dir.*, 1970, 78 ss.; M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974; M. BESSONE, E. ROPPO, *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, IV, 1975; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1979; M.

Una volta superata l'opinione che vedeva nell'art. 32 Cost. una disposizione meramente programmatica e priva di carattere precettivo, il diritto alla salute, grazie ad un'evoluzione interpretativo-giurisprudenziale, ha incontrato il riconoscimento di una sfera di tutela così ampia ed effettiva da poterlo annoverare fra i «nuovi diritti», in considerazione della sua «emersione nella considerazione giuridico-sociale come diritto effettivamente tutelato»⁴.

La speculare ampiezza dell'operato della giurisprudenza sul tema – che spazia dalla Corte costituzionale, alla Corte di Cassazione e alle sentenze di merito, passando per la giurisprudenza sovranazionale – delinea le tappe principali dell'affermazione della salute come diritto fondamentale, sia in relazione ai diversi aspetti tutelati (benessere fisico, salute mentale,

LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.*, 1980, 769 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"*, in *Dir. Soc.*, 1981, 536 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, 25; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1984; A. PISANESCHI, *La Corte costituzionale e il danno alla salute: considerazioni in merito all'operatività dell'art. 32 Cost. nell'attuale sistema di responsabilità civile*, in *Giur. cost.*, 1987, 1073; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991; SANTILLI, GIUSTI, *Tutela della salute (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 5; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 40 ss.; I. TERESI, *La tutela della salute nelle decisioni della Corte costituzionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1, 1998, 114 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; A. SANTOSUOSSO, *Libertà di cura e libertà di terapia*, Roma, 1998; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in P. Ridola, R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001; C. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, agg., in *Enc. dir.*, Milano, 1009 ss., 2001; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; R. BALDUZZI, G. DI GASPARRE, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003, 128; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 5393, 2006; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018; L. CHIEFFI, *Diritto all'autodeterminazione terapeutica*, Torino, 2019; G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*, Padova, 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2021, 91; C. PICIOCCHI, *Il diritto alla salute nella Costituzione italiana: l'adempimento di una promessa difficile*, in *Estudios constitucionales*, 2021-2022.

4 F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 40.

riproduttiva, ecc.), sia in relazione al contesto in cui essa è considerata: l'ambiente di lavoro, la scuola, il carcere, ecc.

Le tappe di questo percorso sono intuibili se lette in relazione agli interventi legislativi che hanno eretto il complesso edificio che nel tempo presente esprime la cura della salute delle persone.

Le prime norme in tema di organizzazione dei servizi sanitari negli istituti penitenziari avvengono nel 1975, con la legge n. 354⁵, secondo cui detti servizi dovevano necessariamente corrispondere alle effettive esigenze sanitarie della popolazione detenuta: il decimo comma dell'art. 11 attribuiva all'Amministrazione Penitenziaria la facoltà di avvalersi della collaborazione dei servizi sanitari intra ed extra ospedalieri, ponendo così l'accento sulla possibilità che la sanità pubblica potesse giungere fino a ricomprendere anche la popolazione carceraria⁶.

Nonostante l'articolata disciplina prevista, l'equiparazione nella tutela del diritto alla salute dei detenuti rispetto a quella dei cittadini liberi è frutto di un lungo percorso in quanto la materia, anche dopo l'istituzione del Servizio sanitario nazionale⁷, è rimasta di appannaggio del Ministero della Giustizia, ritenendosi che sussistesse, a causa delle esigenze di sicurezza, una specialità legittima dell'assistenza sanitaria in carcere.

Il cambio di passo avviene nel 1998, allorché un progetto riformatore – ispirato al principio che i detenuti e gli internati hanno diritto al pari dei cittadini in stato di libertà all'erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione – ha previsto il trasferimento dal Ministero della Giustizia al SSN di tutte le funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie, e delle attrezzature e beni strumentali riguardanti la sanità penitenziaria⁸.

5 Legge n. 354 del 1975, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in *Gazzetta Ufficiale* 9 agosto 1975, n. 212.

6 L'art. 11 menziona il Servizio sanitario, declinandone struttura e funzioni.

7 Legge n. 833 del 1978, «Istituzione del servizio sanitario nazionale, in *Gazzetta Ufficiale*» n. 360 del 28 dicembre 1978. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 23 e ss. Tale legge – dopo una lunga fase iniziale di irrilevanza del diritto alla salute – segna la rilevanza delle posizioni giuridiche soggettive comprese in esso.

8 Il riferimento è alla legge n. 419 del 1998, recante «Delega al Governo per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio sanitario nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502», pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 286 del 7 dicembre 1998. L'art. 5 della suddetta

Con il decreto legislativo n. 230 del 1999, sono transitate al SSN le funzioni relative alla tossicodipendenza, mentre all'amministrazione penitenziaria è rimasto l'obbligo di tutelare la salute di ogni persona ad essa affidata in quanto privata della libertà, nonché funzioni organizzative e di garanzia della qualità del servizio sanitario⁹.

Per la piena realizzazione di tali previsioni, si dovrà attendere l'emanazione del decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1° aprile 2008 che definitivamente ha sancito l'accorpamento della Medicina Penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale, stabilendo il trasferimento dal dicastero della Giustizia a quello della Salute di tutte le risorse umane e materiali: residuava – per l'amministrazione penitenziaria – un ampio

legge introduce – all'art. 5 – il «Riordino della medicina penitenziaria», per cui si afferma che sia compito del Governo «emanare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di riordino della medicina penitenziaria, con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere specifiche modalità per garantire il diritto alla salute delle persone detenute o internate mediante forme progressive di inserimento, con opportune sperimentazioni di modelli organizzativi anche eventualmente differenziati in relazione alle esigenze ed alle realtà del territorio, all'interno del Servizio sanitario nazionale, di personale e di strutture sanitarie dell'amministrazione penitenziaria; b) assicurare la tutela delle esigenze di sicurezza istituzionalmente demandate all'amministrazione penitenziaria; c) prevedere l'organizzazione di una attività specifica al fine di garantire un livello di prestazioni di assistenza sanitaria adeguato alle specifiche condizioni di detenzione o internamento e l'esercizio delle funzioni di certificazione rilevanti a fini di giustizia; d) prevedere che il controllo sul funzionamento dei servizi di assistenza sanitaria alle persone detenute o internate sia affidato alle regioni ed alle aziende unità sanitarie locali; e) prevedere l'assegnazione, con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, al Fondo sanitario nazionale delle risorse finanziarie, relative alle funzioni progressivamente trasferite, iscritte nello stato di previsione del Ministero di grazia e giustizia, nonché i criteri e le modalità della loro gestione».

- 9 Il d.P.M.C. 1° aprile 2008 reca «Le modalità, i criteri e le procedure per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, delle risorse finanziarie, dei rapporti di lavoro, delle attrezzature, arredi e beni strumentali relativi alla sanità penitenziaria». Si segnalano, altresì, il parere del Consiglio di Stato, n. 305 del 1987, che si è espresso confermando la esclusiva competenza della Amministrazione Penitenziaria in materia di diritto alla salute della popolazione detenuta, confermando la tesi favorevole sulla conservazione dell'assistenza sanitaria «tra i compiti riservati allo Stato, da svolgere con le preesistenti strutture del servizio sanitario penitenziario».

compito organizzativo e di raccordo, a tutela della qualità del servizio reso dall'amministrazione sanitaria¹⁰.

La costruzione di questo doppio piano di competenze – riferito a due sistemi quali la sanità e la giustizia – ha consentito a due grandi amministrazioni di interfacciarsi e di condividere linguaggi, di analizzare i propri strumenti di riferimento e di rilevarne la congruità o la limitatezza, nel nome del diritto alla salute della persona detenuta.

Accanto al trasferimento al Servizio Sanitario Nazionale di tutte le funzioni sanitarie, fino ad allora svolte dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e dal Dipartimento della Giustizia Minorile del Ministero della Giustizia, nel provvedimento del 2008 emergono due elementi che – a tutt'oggi – rappresentano seri obiettivi di civiltà e di concreta evoluzione del concetto di salute: il riferimento è ai «principi di riferimento» e agli «obiettivi di salute-LEA», contenuti nell'allegato A del suddetto d.P.C.M.¹¹.

10 Veniva disposta, altresì, la presa in carico da parte delle Regioni degli Ospedali psichiatrici giudiziari e delle Case di cura e custodia (ora sostituiti dalle REMS, «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza», in base al decreto legge n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 8 del 2014), secondo le modalità e i tempi previsti da apposite linee guida, ispirate ai principi di territorialità e di riabilitazione socio-sanitaria degli internali portatori di patologia psichiatrica.

11 L'elencazione – benché tassativa – favorisce la comprensione della portata di tale nuova impostazione in tema di diritto alla salute dei detenuti. Il d.P.C.M. contiene il riconoscimento della necessità di una piena e leale collaborazione interistituzionale tra Servizio Sanitario Nazionale, Amministrazione penitenziaria e della Giustizia Minorile, al fine di garantire in maniera sinergica la tutela della salute e il recupero sociale dei detenuti e dei minorenni sottoposti a provvedimento penale, nonché la esigenza di sicurezza all'interno degli istituti penitenziari, degli istituti di pena per minori, dei Centri di Prima Accoglienza, delle Comunità e dei Centri clinici. Il provvedimento considera gli interventi a tutela della salute come complementari con gli interventi mirati al recupero sociale del reo, attraverso azioni e programmi condotti con il concorso di tutte le istituzioni interessate, delle cooperative sociali e delle associazioni di volontariato. Gli Istituti penitenziari, gli istituti di pena per minori e i centri di Prima Accoglienza, le Comunità e i Centri clinici devono garantire, compatibilmente con le misure di sicurezza, condizioni ambientali e di vita rispondenti ai criteri di rispetto della dignità della persona: evitare il sovraffollamento, rispettare i valori religiosi e culturali, ecc. Si sostiene la continuità terapeutica quale principio fondante per l'efficacia degli interventi di cura, così come la promozione della salubrità degli ambienti e di condizioni di vita salutari, pur in considerazione delle esigenze detentive e limitative della libertà; la promozione dello sviluppo psico-fisico dei soggetti minorenni sottoposti a provvedimento penale, nonché la riduzione dei suicidi e dei tentativi di suicidio, attraverso l'individuazione dei fattori di rischio.

Nell'ambito delle riflessioni e delle proposte di interventi in materia penitenziaria, ha svolto un ruolo significativo il Comitato Nazionale di Bioetica, che ha fatto propri gli esiti della Commissione di studio istituita nell'agosto 2013 su «La salute dentro le mura».

Partendo dall'assunto che «la popolazione detenuta rappresenta un gruppo ad alta vulnerabilità bio-psico-sociale, il cui livello di salute, ancor prima dell'entrata in carcere, è mediamente inferiore a quello della popolazione generale», il report sottolinea come – per tutte le autorità competenti, ad iniziare da quelle sanitarie – emerga «un dovere di sorveglianza e verifica dell'effettivo rispetto del diritto alla salute dei detenuti». Nello specifico, la Commissione chiarisce che il diritto alla salute, anche e soprattutto in carcere, non si esaurisce «nell'offerta di prestazioni sanitarie adeguate: particolare attenzione deve essere prestata alle componenti ambientali, assicurando alle persone ristrette condizioni di vita e regimi carcerari accettabili, che permettano una vita dignitosa e pienamente umana»¹².

Con l'approvazione dei decreti legislativi nn. 123 e 124 del 2018, sono state introdotte – oltre alla semplificazione dei procedimenti per le decisioni di competenza del magistrato e del Tribunale di sorveglianza, nonché alle disposizioni in tema di vita penitenziaria e all'incremento delle opportunità di lavoro retribuito, sia intramurario che all'esterno – nuove disposizioni volte a modificare l'ordinamento penitenziario con particolare riferimento all'assistenza sanitaria nonché al miglioramento della vita carceraria attraverso la previsione di norme volte al rispetto della dignità umana dei carcerati.

L'attuazione di questo decreto andava a valorizzare il ruolo del Servizio sanitario nazionale all'interno degli istituti, potenziando l'assistenza all'interno delle carceri e garantendo ai detenuti prestazioni tempestive, visita medica del detenuto all'ingresso in istituto e continuità dei trattamenti sanitari in corso.

12 Il *report* sottolinea gli ambiti più problematici, quali «il sovraffollamento, l'inadeguatezza delle condizioni igieniche, la carenza di attività e di opportunità di lavoro e di studio, la permanenza per la gran parte della giornata in cella, la difficoltà a mantenere relazioni affettive e contatti col mondo esterno»: in particolare, la Commissione – prendendo spunto dalla condanna dell'Italia a causa del sovraffollamento carcerario da parte della Corte Europea di Strasburgo del gennaio 2013 – «ribadisce il valore della prevenzione, affinché sia assicurato ai detenuti e alle detenute un ambiente rispettoso dei diritti e dei principi di umanità. Infine, invita a sorvegliare affinché un settore come il carcere, che abbisogna di molti sforzi per raggiungere standard accettabili di vivibilità, non abbia al contrario a soffrire per la contrazione delle risorse».

Entrando nello specifico delle novità introdotte, in primo luogo va evidenziata l'importanza della disposizione posta in apertura dell'art. 11, ove si afferma che «il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria»: il richiamo al decreto legislativo 230 del 1999 deve intendersi come il richiamo al principio della parità tra detenuti (e internati) e soggetti liberi nella tutela del diritto alla salute e quindi al diritto a godere di prestazioni sanitarie efficaci, tempestive ed appropriate.

Sempre in ossequio a quanto previsto dal decreto legislativo n. 230 del 1999, il nuovo comma 3 dell'art. 11 o.p. prescrive l'adozione da parte dell'azienda sanitaria locale, nel cui ambito sia ubicato un istituto penitenziario, di una carta dei servizi, che deve essere messa a disposizione dei detenuti e degli internati con idonei mezzi di pubblicità.

Desta invece un certo stupore la nuova formulazione del comma 2. Nel ribadire quanto già era previsto nella previgente formulazione circa la predisposizione all'interno degli istituti penitenziari di un servizio sanitario «rispondente alle esigenze della salute dei detenuti e degli internati», il nuovo comma 2 dell'art. 11 omette il riferimento al servizio psichiatrico: dunque, la nuova disposizione non solo non prevede il potenziamento di tale servizio (come richiesto nella legge delega e come previsto nel progetto Pelissero¹³), ma addirittura elimina la previsione, contenuta nel «vecchio» comma 1, secondo cui ogni istituto deve disporre «dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria»¹⁴.

Si ricordi, in tema di tutela della salute delle persone con problemi di malattia mentale detenuti nelle carceri, l'apporto della Corte costituzionale che, con sentenza n. 99 del 2019 relativa alle persone detenute nelle quali sia sopravvenuta una grave infermità psichica, ha prodotto importanti conseguenze per i dipartimenti di salute mentale. Infatti, se il diritto alla salute non viene assicurato in carcere, nemmeno nelle apposite Articolazioni per

13 Con decreto del Ministro della Giustizia del 19 luglio 2017, è stata istituita la Commissione incaricata di redigere una proposta di riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione delle pene accessorie, al fine di predisporre gli schemi di decreto legislativo secondo le previsioni della legge n. 103 del 2017, recante «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario».

14 A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2018.

la Salute Mentale, il Magistrato di Sorveglianza può disporre la detenzione domiciliare anche in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza¹⁵.

Tale pronuncia – che si pone in linea con un percorso di riforma iniziato nel 2011 e conclusosi, almeno nella sua parte più importante, nel 2014, quando con la legge n. 81 del 2014 il Parlamento decise la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) al 31 marzo 2015¹⁶ – opera nel senso di privilegiare l'applicazione della misura alternativa della detenzione domiciliare «umanitaria» o «in deroga» per quei soggetti colpiti da una grave malattia mentale.

Secondo la Corte costituzionale, la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per chi, durante la detenzione, sia colpito da una grave malattia mentale, anziché fisica, crea anzitutto un vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute e si sostanzia in un trattamento inumano e degradante quando provoca una sofferenza così grave che, cumulata con l'ordinaria afflittività della privazione della libertà, determina un sovrappiù di pena contrario al senso di umanità e tale da pregiudicare ulteriormente la salute del detenuto.

In tema di diritto alla salute e di funzione rieducativa della pena, si segnala altresì la sentenza della Cassazione¹⁷ per la quale non è necessario obbligo di notifica alla persona offesa in caso di sostituzione della misura detentiva per motivi legati alla salute del detenuto.

Tralasciando la ricostruzione della vicenda specifica, appare significativo il richiamo della Corte al fondamento dell'art. 32 Cost. individuato quale baluardo del trattamento rieducativo, in combinato disposto con gli artt. 27, comma 3 e 13, comma 4 Cost.

15 In altri termini, la Corte costituzionale, accogliendo la questione sollevata dalla Corte di Cassazione, ha dichiarato illegittimo l'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit. «nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter».

16 L'iter che ha condotto alla chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari è iniziato nel 1999 con il decreto legislativo n. 230 del 1999 «Riordino della medicina penitenziaria a norma dell'articolo 5, della legge 30 novembre 1998, n. 419». A seguire una serie di atti normativi sino al 2013 con la legge n. 57 del 2013 di conversione del decreto legge n. 24 del 2013 che stabiliva il programma regionale in cui definire «tempi certi e impegni precisi per il superamento degli OPG». La svolta è avvenuta con la legge n. 81 del 2014 che ha apportato, in sede di conversione di un decreto legge, significative modifiche volte a sancire il superamento dell'ottica meramente repressiva che aveva contraddistinto la gestione degli O.P.G.

17 Corte Cass., n. 165 del 2020.

La Corte di Cassazione, a seguito della evoluzione giurisprudenziale, afferma la necessità di un bilanciamento dei diritti in gioco, «poiché se così non fosse l'esecuzione della pena verrebbe illegittimamente ad incidere sul diritto alla salute costituzionalmente riconosciuto a tutti e si risolverebbe in un trattamento contrario al senso di umanità, cui la Costituzione deve ispirarsi».

2.1. Il riconoscimento, nell'ordinamento italiano, di posizioni soggettive in capo ai detenuti e, in particolare, del diritto alla salute in carcere, è avvenuto in modo graduale e non sempre coerente, risentendo, altresì, dell'impulso del legislatore sovranazionale che, da un lato, ha promosso l'umanizzazione della pena, vietando trattamenti lesivi della dignità umana e, dall'altro, ha elaborato *standard* specifici di trattamento del soggetto sottoposto a pena detentiva (o misura detentiva) a cui gli ordinamenti penitenziari degli Stati nazionali si sono dovuti conformare¹⁸.

In tema di specifiche politiche finalizzate al miglioramento delle condizioni negli istituti penitenziari, sia il Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumane o degradanti (CPT), sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, hanno svolto un ruolo centrale per l'attuazione delle disposizioni sovrastatali di derivazione europea.

Il CPT ha una funzione preventiva, in quanto le sue attività sono finalizzate ad impedire le violazioni di cui all'art. 3 CEDU (tortura e trattamenti inumani e degradanti), attraverso varie attività¹⁹.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene alcuna disposizione espressamente e specificamente dedicata al diritto alla (tutela della) salute.

La «protezione della salute», anzi, figura nel testo della Convenzione e dei Protocolli addizionali unicamente per individuare una delle ragioni che, a certe condizioni, legittimano restrizioni a taluni dei diritti e libertà riconosciuti ovvero ingerenze delle pubbliche autorità nell'esercizio degli stessi²⁰.

18 M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 36.

19 Tra queste attività si annoverano la «visita periodica» nei luoghi di detenzione; la redazione di specifiche raccomandazioni; la predisposizione di rapporti annuali che fungono da linee-guida (o regole penitenziarie) e/o da «standard minimi» di assistenza sanitaria che lo Stato deve garantire al detenuto.

20 F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1. Si veda anche B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 157-158, secondo cui la CEDU ripropone «sul piano internazionale, una visione in qualche modo arcaica dei diritti fondamentali, quale quella [...] riduzionista ed ideologicamente liberista del

Questa tutela «indiretta» del diritto alla salute ha visto la Corte di Strasburgo impegnata per proteggere quelle situazioni nelle quali il pregiudizio alla salute si riflette nella lesione o messa in pericolo di altri diritti garantiti dalla Convenzione. Questa tecnica di tutela, se da un lato ha consentito al Giudice europeo di estendere il proprio sindacato anche a istituti e pratiche non direttamente rientranti nel campo di applicazione della Convenzione, così colmando alcune lacune della stessa – ad esempio, in tema di condizioni di detenzione e misure nei confronti degli stranieri – dall'altro lato, tuttavia, gli ha impedito di tutelare il diritto in sé e per sé, così come di individuare un «nucleo irriducibile del diritto alla salute» al quale assicurare una garanzia incondizionata²¹.

Pertanto, il diritto alla salute viene ricondotto quale corollario del diritto alla vita (art. 2 CEDU), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) e del diritto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)²².

Relativamente al diritto alla vita, così come formulato nell'art. 2, la Corte ha inteso qualificare in esso la presenza di un duplice obbligo: negativo, nel senso che gli Stati non devono causare la morte dei singoli, e positivo, nel senso che sono altresì tenuti ad assumere misure adeguate ad assicurare la protezione della vita²³.

costituzionalismo delle origini, che contrappone al nocciolo duro dei diritti di prima generazione il corpus separato dei diritti di seconda generazione». Proprio l'esclusione dei diritti sociali dalla CEDU sarebbe fra le ragioni del consenso che ne ha accompagnato la stesura.

- 21 A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, maggio 2012, 2; D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2013, 157-158.
- 22 P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, 67; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013, 13; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 2014, 1148 ss.; F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 31-33; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, 62.
- 23 Nonostante la cautela con cui si è proceduto all'ampliamento di questo secondo profilo, proprio per il timore di trasformare l'art. 2 CEDU in un diritto sociale, non sono mancate decisioni che hanno ricompreso, tra gli obblighi discendenti dal diritto alla vita, l'obbligo per lo Stato di coprire i costi di terapie mediche o medicinali essenziali per salvare la vita dei malati, così come l'adozione di una regolamentazione che imponga alle strutture sanitarie di predisporre misure e procedure idonee ad assicurare la protezione della vita dei pazienti. I riferimenti sono a Commissione EDU, 12 luglio 1978, «Association of Parents v. the United Kingdom», ric. n. 7154/75; Commissione EDU, 10 ottobre 1986,

Il diritto alla salute in carcere è stato esaminato dai Giudici di Strasburgo, soprattutto, in relazione, all'art. 3 della Convenzione, ritenendo che la lesione psico-fisica del detenuto possa integrare una violazione della Convenzione qualora sia superata la cd soglia minima di gravità, sulla base di criteri oggettivi e soggettivi, da valutare caso per caso²⁴.

E come per l'ermeneusi operata per l'art. 2, anche per l'art. 3 CEDU la giurisprudenza europea ha elaborato uno dei principi fondamentali da cui sono derivati obblighi, a carico dei singoli Stati, sia di carattere negativo (astensione da condotte riconducibili alle fattispecie di tortura o qualificabili come disumani e/o degradanti), sia di carattere positivo, tra cui quello di garantire al detenuto un adeguato standard di benessere psico-fisico, al fine di evitare che la pena comporti un aumento ingiustificato di mortificazione e sofferenza.

Più specificamente, nella lettura estensiva del concetto di condotta «umana e degradante», la Corte ha, talvolta, ricompreso il sovraffollamento delle carceri, inteso quale mancato rispetto dello spazio minimo personale riservato al detenuto²⁵.

In tal senso, esemplare appare quella pronuncia²⁶ che ha indicato, per la prima volta e in maniera assai circostanziata, lo spazio minimo che deve essere riconosciuto al detenuto – ovvero 3 metri – al di sotto dei quali si configura una automatica violazione dell'art. 3 CEDU, residuando le va-

«Naddaf v. the Federal Republic of Germany», ric. n. 11604/85; Corte EDU, 15 dicembre 2009, «Maiorano and Others v. Italy», ric. n. 28634/06, che ha affermato l'obbligo degli Stati di garantire una protezione generale della società, contro comportamenti criminosi di individui condannati per delitti violenti.

- 24 Corte EDU, 18 gennaio 1978, «Ireland v. the United Kingdom», ric. n. 5310/71, § 162; Corte EDU (Grande Camera), 1° giugno 2010, «Gäfgen v. Germany», ric. n. 22978/05, § 107; Corte EDU (Grande Camera), 21 gennaio 2011, «M.S.S. v. Belgium and Greece», ric. n. 30696/09, § 216.

Si segnala, Corte EDU, 9 settembre 2010 n. 1033, «Xiros c. Grecia», con cui la Corte ha chiarito che il diritto alla salute si specifica in «tre obligations particulières: verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da poter scontare la pena, somministrargli le cure mediche necessarie e adattare le condizioni generali di detenzione al suo particolare stato di salute».

- 25 La posizione della Corte non è stata sempre univoca: a fronte di alcune pronunce nelle quali il sovraffollamento integrava violazione dell'art.3 soltanto a fronte della presenza di altri fattori negativi riguardanti le condizioni del detenuto («Moisseiev c. Russia», n. 62936/00, 9 ottobre 2008; «Vlassov c. Russia», n. 78146/01, § 84, 12 giugno 2008; «Babouchkine c. Russia», n. 67253/01, § 44, 18 ottobre 2007), ve ne sono altre («Aleksandr Makarov c. Russia», n. 15217/07, § 93, 12 marzo 2009; Lind c. Russia, n. 25664/05, § 59, 6 dicembre 2007) nelle quali la mancanza di spazio personale del detenuto era stata giudicata così evidente da essere, da sola, qualificabile come trattamento inumano e degradante.

- 26 Corte EDU, 16 luglio 2009, «Sulejmanovic v. Italy», ric. n. 22635/03.

lutazioni degli altri fattori ambientali solamente ai casi in cui il detenuto è costretto in ambienti compresi tra i 3 e 4 mq.

La portata di questa pronuncia risulta evidente se si considera il contestuale varo del c.d. piano carceri²⁷, conseguenza della presa di coscienza dell'allora governo in carica circa lo stato di emergenza carceraria conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari.

Tuttavia, un vero piano di azione²⁸ – che non fosse soltanto una dichiarazione di stile – viene predisposto soltanto dopo la sentenza Torreggiani nella quale la Corte ha rilevato il sistematico sovraffollamento delle carceri italiane, obbligando l'Italia a prendere immediati provvedimenti in forza dell'art. 46 CEDU: ci si riferisce ad una serie di interventi volti a favorire, da un lato, l'adozione di politiche finalizzate a ridurre il flusso carcerario ed il numero degli ospiti negli istituti penitenziari e, dall'altro, la predisposizione di misure organizzative all'interno delle carceri, prevedendo forme di ricorso di tipo preventivo e rimedi risarcitori per i detenuti che subiscono trattamenti in violazione dell'art. 3 CEDU²⁹.

Gli interventi post-Torreggiani, come si vedrà, non sono riusciti a risolvere il problema del sovraffollamento, che permane quale emergenza umanitaria ancora oggi.

3. Alla luce della evoluzione della giurisprudenza europea, ci si domanda se, in caso di pandemia, il sovraffollamento degli istituti penitenziari possa integrare, *ex se*, una violazione dell'art. 3 CEDU in relazione non solamente allo «spazio vitale» garantito al detenuto, ma all'aumento del fattore di rischio di eventuali contagi, ovvero se l'ingiusta esposizione del detenuto al rischio di malattie dovute a ragioni di assembramento, siano qualificabili come condizioni inumane o degradanti.

Il diritto alla salute del detenuto ha certamente vissuto una prova molto difficile con l'avvento della pandemia da Covid-19.

27 Il c.d. piano carceri prevedeva, da un lato, l'ampliamento ed il potenziamento degli istituti penitenziari e, dall'altro, la possibilità, per i reati meno gravi, di espiare, nel proprio domicilio, le pene detentive non superiori a dodici mesi (anche come pena residua): Tale limite, fu poi aumentato a diciotto mesi con il decreto legge n. 211 del 2011.

28 Action report (29/11/2013) «Communication from Italy concerning the case of Torreggiani and others against Italy (Application No. 43517/09)», *www.coe.int*.

29 Decreto legge n. 78 del 2013, convertito in legge n. 94 del 2013; decreto legge n. 146 del 2013, convertito in n. 10 del 2014; legge n. 67 del 2014; decreto legge n. 92 del 2014.

L'endemica inadeguatezza degli attuali istituti penitenziari ad una effettiva e rispettosa tutela della dignità e della salute dei detenuti, ha registrato un netto peggioramento con la diffusione della pandemia da Covid-19 che ha trovato, tanto gli uomini liberi quanto – a maggior ragione – coloro che erano privi di libertà, del tutto impreparati alla gestione di un fenomeno tanto invasivo quanto sconosciuto.

Uno dei primi provvedimenti tesi a prevedere specifiche misure carcerarie come risposta del Governo alla pandemia, non ha saputo cogliere la straordinarietà dell'evento e produrre un effettivo cambiamento³⁰.

A seguito delle polemiche seguite alla concessione di misure alternative al carcere nei confronti di detenuti per gravi reati in relazione a condizioni di salute incompatibili con la restrizione in carcere e con riferimento a situazioni ritenute a rischio per effetto dell'emergenza sanitaria, il legislatore italiano ha provveduto ad emanare una legge sulle misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o di differimento della pena e di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19, anche in relazione agli istituti penitenziari e agli istituti penali per i minorenni³¹.

È stato previsto, ulteriormente, che al fine di valutare le condizioni di salute dell'imputato il giudice potesse disporre una perizia entro quindici giorni.

La dottrina – sollecitata anche dagli esiti dei lavori dell'European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) che aveva esortato gli Stati membri sia a trovare soluzioni alternative alla misura carceraria, sia a garantire che le misure adottate non esponessero i reclusi a trattamenti inumani e degradanti – non

30 Decreto legge n. 18 del 2020. Lo stesso è avvenuto per il successivo provvedimento (Decreto legge n. 137 del 2020), che ha ricalcato le stesse soluzioni adottate in precedenza, ovvero il potenziamento dei permessi-premio e la concessione della misura domiciliare per pene inferiori a 18 mesi.

31 Si tratta della legge n. 70 del 2020, derivante dal decreto legge n. 28 del 2020 e, con un emendamento, è stato recepito il contenuto del decreto legge n. 29 del 2020.

ha mancato di evidenziare i *deficit* di tutela difensiva della procedura avviata³², giungendo a discorrere di «compilatori allo sbando»³³.

Pertanto, la pandemia da Covid-19 ha lasciato emergere la pericolosa fragilità del sistema carcerario, del tutto inadatto a realizzare il corretto bilanciamento tra il dovere dello Stato di garantire l'effettività della misura privativa della libertà e quello di assicurare, al detenuto, il concreto godimento del diritto alla salute.

4. La lettura della drammatica Relazione annuale al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale dovrebbe essere replicata in ogni sede nella quale si discute di diritti, di libertà e di dignità.

La Relazione pone in evidenza gli elementi positivi e le persistenti criticità che delineano oggi la complessiva area della privazione della libertà personale: «la delineano lungo gli assi della assoluta tutela del diritto al riconoscimento della propria dignità e dell'altrettanto assoluta tutela della integrità fisica e psichica di ogni persona che, per una varietà di ragioni, sia nella condizione di non poter decidere del proprio spazio, del proprio muoversi, del proprio tempo»³⁴.

Attesa la necessità di non confondere funzione terapeutica e funzione custodiale, il Garante nazionale chiede che si avvii con urgenza una discussione sugli interventi da realizzare per rispondere alla criticità delle situazioni specifiche, «ritenendo essenziali sia l'allineamento nel codice delle previsioni per l'infermità fisica e per l'infermità psichica, sia la rivalutazione della congruità numerica, logistica e funzionale delle attuali 33

32 D. CIMADOMO, *La sospensione dei termini di durata delle misure cautelari personali per emergenza epidemiologica da Covid-19. A proposito di virus...*, in *Dir. pen. e processo*, 7, 2020, 915; G. DARAJO, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Dir. pen. e processo*, 7, 2020, 933. Inizio modulo; G. FLORA, «Covid regit actum». *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli") ai principi costituzionali*, in www.penaledp.it, 2020; V. MANCA, *Covid-19 e carceri: un'emergenza al quadrato, umana e sanitaria*, in *Il Penalista*, 16 marzo 2020; A. MARANDOLA, *Giustizia penale e Covid nella Legge n. 70 del 2020*, in *Studium Iuris*, 10, 1170; L. STORTONI, *L'imputato ai tempi del COVID-19*, in www.penaledp.it, 2020. Fine modulo

33 A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in www.archiviopenale.it, 6 maggio 2020.

34 <https://ristretti.org/la-relazione-al-parlamento-del-garante-nazionale-delle-persone-private-della-liberta>.

“Articolazioni per la tutela della salute mentale” (di cui cinque per donne) che ospitano 256 persone detenute (di cui 15 donne)».

La Relazione punta l’attenzione sulle «Residenze per le misure di sicurezza» di natura psichiatrica, contenitori pensati – erroneamente – come mere strutture di sostituzione dei dismessi Ospedali psichiatrici giudiziari e non come misura estrema all’interno di un progetto complessivo di presa in carico della persona autore di reato e dichiarata non penalmente responsabile.

E sottolinea come anche la giurisprudenza italiana più recente – unitamente al legislatore³⁵ – non abbia proceduto ad una corretta qualificazione di queste strutture³⁶, confermando l’incompletezza del percorso normativo attuato finora.

Infine, in uno studio del Garante nazionale sui suicidi in carcere, è emerso che, dal 2012 si sono uccise 583 persone, 79 nel 2022: quasi la metà erano persone con fragilità personali o sociali.

35 La Relazione analizza con spietatezza anche la legge n. 227 del 2021, di «Delega al Governo in materia di disabilità»: trattasi di un provvedimento che conferisce poteri di revisione e riordino della materia per adeguarla alle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, alla Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030 e alla Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 sulla protezione delle persone con disabilità. L’obiettivo di questa legge è duplice: da un lato favorire la deistituzionalizzazione di persone con disabilità, garantendo la possibilità di progetti terapeutici-riabilitativi individualizzati, dall’altro promuovere «le due dimensioni della libertà strettamente interrelate [...] quella della libertà personale e quella della libertà di scelta».

36 Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 22 del 2022 con cui la Corte si è definitivamente pronunciata sulle questioni di legittimità degli artt. 206 e 222 c.p. e dell’art. 3-ter, decreto legge n. 211 del 2011 – sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 25, 27, 32, e 110 Cost., dal giudice per le indagini preliminari di Tivoli.

Le censure attingevano la disciplina in materia di REMS, per profili concernenti la mancata previsione in capo al Ministero della Giustizia di poteri relativi all’organizzazione e al funzionamento delle strutture in questione.

Con ordinanza n. 131 del 2021, la Corte aveva disposto una apposita istruttoria, ai sensi dell’art. 12 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, finalizzata ad acquisire specifiche informazioni ritenute indispensabili ai fini della decisione.

Con la decisione, la Corte, all’esito dell’istruttoria, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità, il cui accoglimento avrebbe creato intollerabili vuoti di tutela, con un forte monito al legislatore perché provveda a una complessiva riforma di sistema, di cui sono indicati tratti e finalità essenziali per rimuovere gli attuali punti di frizione con i principi costituzionali.

Il 12 gennaio 2023 è stato adottato il Piano Triennale 2023-2025 della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

5. Con decreto ministeriale del 13 settembre 2021, l'allora ministra della Giustizia Cartabia ha dato vita ad una *Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario*, allo scopo di proporre soluzioni in grado di migliorare la qualità della vita nell'esecuzione penale, attraverso interventi puntuali sia sul piano normativo sia in forma di direttive per l'esercizio dell'azione amministrativa, fornendo anche linee utili alla rimodulazione dei programmi di formazione iniziale e in itinere relative alle professionalità dell'amministrazione penitenziaria e dell'amministrazione della giustizia minorile e di comunità.

L'iniziativa si inquadrava in un contesto più ampio, teso a creare un sistema processuale e sanzionatorio efficiente in cui una sanzione carceraria – tuttora dominante nel catalogo delle pene principali – risulti anch'essa efficiente, ovverossia capace di perseguire quegli obiettivi di *umanità e solidarietà* posti dalla Costituzione sul campo punitivo³⁷.

Nello specifico tema della salute, la Commissione ha affrontato alcune problematiche, condividendo le proposte elaborate dal Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati generali sull'esecuzione penale con riguardo alle esigenze dell'implementazione della telemedicina (con adeguamento delle risorse strumentali, mediante device di ultima generazione che consentano accertamenti a distanza; di sicuro interesse, al riguardo, è, ad esempio, la sperimentazione compiuta presso i quattro istituti di Rebibbia a Roma) e della completa realizzazione del fascicolo sanitario del detenuto (con una piena digitalizzazione delle cartelle cliniche). Gli aspetti oggetto di proposte di intervento normativo, specie riguardanti il regolamento, interessano, essenzialmente, i seguenti punti: adeguamento alla disciplina di riforma della sanità penitenziaria dell'organizzazione del DAP; centralità del rispetto del principio di territorialità (da rendere obbligatoria nei casi di persone con patologie croniche, in particolare psichiatriche o da dipendenza, pena l'impossibilità di garantire il diritto alla salute); necessità di investire sulla costante, adeguata, uniforme e sollecita definizione di programmi trattamentali (anche adeguando gli investimenti sulle specifiche risorse professionali); riattivazione dell'attenzione sugli interventi per la riduzione

37 M. VENTUROLI, *Le conclusioni della Commissione Ruotolo: una luce nella direzione del carcere dei diritti*, in *Dir. pen. e processo*, 6, 2022, 797.

del rischio suicidario in carcere (tutti strettamente condizionati dagli interventi dei punti precedenti) previsti dai piani nazionali vigenti (2017). La Commissione ha elaborato articolate proposte di modifica, che interessano non solo la legge penitenziaria e il regolamento di esecuzione, ma anche disposizioni del codice penale e del codice di procedura penale, peraltro condividendo, con riguardo al tema delle misure di sicurezza per infermità mentale le elaborazioni emergenti dai lavori della Commissione Pelissero³⁸.

6. Il tema della salute nelle carceri intercetta ed enfatizza l'attenzione del legislatore nei confronti della fragilità umana, la dignità riconosciuta ai deboli e il perimetro dei loro diritti³⁹.

Senza intaccare il sacrosanto ambito della sicurezza e della certezza della pena, non si può discorrere di dignità del condannato senza scrivere e ricalcare la qualità dei diritti compatibili con lo stato detentivo, primo fra tutti la sua salute, che è il piano dal quale muoversi per avere una vita dignitosa *in vinculis*.

Lo sguardo – doverosamente aperto verso tutta la popolazione carceraria – non può che restringersi per volgere l'attenzione verso i detenuti vulnerabili, già socialmente emarginati, ai quali l'impatto con la realtà carceraria non può che aumentare le già gravi difficoltà personali e relazionali e rendere più impervio il cammino risocializzativo.

Senza mai dimenticare le loro responsabilità nei confronti della collettività si tratta, allora, di individuare specifici percorsi normativi, di predisporre provvidenze organizzative e materiali, di offrire specifici approcci relazionali in modo da accompagnare queste persone verso il superamento di quelle condizioni di minorità.

Nell'incompiuto processo di riforma della medicina penitenziaria, sono visibili le criticità mai sanate relative al passaggio di competenze riguardanti l'assistenza sanitaria in favore dei soggetti detenuti, che sono sicuramente soggetti più vulnerabili sotto il profilo della salute e dell'aspettativa di vita: dalle carenze nell'offerta di alcuni servizi socio-sanitari all'esigenza di promuovere l'ammodernamento delle procedure seguite, dalla disomogeneità delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione all'inefficiente programmazione della spesa per la garanzia di un'offerta sanitaria adeguata.

38 https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_RUOTOLO_sintesi_relazione_finale_17dic21.pdf

39 J. BUTLER, *Vite precarie*, trad. it., Roma, 2004, 11; E. LEVINAS, *Quaderni di prigionia e altri inediti*, trad. it., Milano, 2011, 5.

Il riferimento non è soltanto alla salute fisica dei detenuti, ma anche a quella psichica: il gran numero di persone detenute portatrici di problematiche psichiatriche è un elemento di criticità nella gestione della vita detentiva, di stress per il personale, di disagio per il resto della popolazione carceraria, di angoscia per i familiari che vivono all'esterno.

Le strutture dovrebbero prevedere personale altamente specializzato sia dal punto di vista medico che strettamente psicologico.

Ciò perché, la tutela del benessere psico-fisico di ciascuna persona ristretta è parte del complessivo compito di tutela della salute che incombe su chi è responsabile dei luoghi di privazione della libertà e che deve non soltanto farsi carico delle malattie presenti, ma anche prevenire quelle future, attuando una adeguata e capillare prevenzione ed educazione alla salute.

Da ciò l'importanza che lo «spazio della pena» sia adeguato, che l'ambiente carcerario sia umanizzato, proprio al fine di consentire quella rieducazione del reo, quella funzione rieducativa della pena, che trova il suo riconoscimento nel comma 3 dell'articolo 27 della Costituzione, il quale sancisce che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

All'idoneità dei luoghi fa eco la predisposizione di un sistema informatico omogeneo che raccolga i diari clinici dei pazienti detenuti in formato digitale, al fine di assicurare sia il diritto alla continuità terapeutica sia una maggiore efficienza del sistema (evitando ripetizioni di esami clinici e garantendo rapidità di consultazione e di aggiornamento), nonché modalità elettroniche di registrazione e di conservazione delle informazioni sanitarie dei detenuti alle quali va garantita la piena riservatezza.

GIOVANNI CHIOLA
L'INSUFFICIENZA DEL RICOVERO
NELLE REMS E LA COMPRESSIONE
DELLA DIGNITÀ DEGLI AUTORI DI REATO
CON PATOLOGIA PSICHIATRICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'abbraccio mortale tra Cura e Sorveglianza. 3. Le REMS una soluzione giusta? 4. I rei folli e alcune soluzioni diverse dalle REMS. 5. Il «collo di bottiglia» delle liste di attesa. 6. L'istruttoria disposta dalla Corte costituzionale sulla questione posta dal Tribunale di Tivoli. 7. Le perplessità nascenti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2022. 8. Il Punto Unico Regionale.

1. Parlare di dignità dell'essere umano e della sua fragilità richiama alla mia mente la questione del sistema delle misure di sicurezza personali e, nello specifico, di quelle detentive da eseguirsi da parte degli autori di reato con patologia psichiatrica internati nelle REMS (Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza).

Misura, quest'ultima che dovrebbe essere adottata per «risocializzare» i condannati ritenuti socialmente pericolosi (Corte cost. n. 73 del 2020), «attraverso un trattamento individualizzato volto anche al superamento, o al contenimento degli effetti di tali patologie» (Corte cost., ord., n. 69 del 16 aprile 2021). Tale misura, peraltro, è affetta, in Italia, da inefficienze a tal punto gravi in quanto lesive dello stesso principio costituzionale della necessaria tutela della salute mentale degli internati (artt. 32 e 27, c. 3, Cost.), da far dubitare della legittimità dell'intera disciplina che ne prevede l'adozione¹.

Stiamo assistendo, infatti, ad una moltiplicazione di ricorsi alla Corte EDU in cui si richiede che lo Stato italiano venga condannato per avere omesso di «organizzare il proprio sistema penitenziario in modo da assicurare ai detenuti il rispetto della loro dignità umana». Pur essendo a conoscenza dell'insufficienza dei posti letto all'interno delle REMS², lo Stato

1 Per un'attenta analisi sull'evoluzione interpretativa del diritto alla salute cfr. S. Rossi, *Salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.
2 L. FERRARELLA, *La Corte europea ordina al governo: curate nelle Rems quei due detenuti*, Corriere della Sera, 14 novembre 2022.

non si è adoperato per trovare soluzioni che fossero in grado di sopperire a tali carenze, provocando così lesioni ai diritti delle persone inferme di mente che, conseguentemente, hanno presentato ricorso alla Corte europea dei diritti³. La manifesta insufficienza delle REMS a salvaguardare la salute degli internati, come anche quella della sicurezza dei cittadini, se può costituire una *quaestio* di merito che può sfociare, come è avvenuto, in realtà in una pronuncia d'inammissibilità del giudizio di «legittimità» costituzionale (Corte cost. n. 22 del 2022), non riesce a sottrarsi alla persistente violazione delle prescrizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 2, 3, 5)⁴.

Le recenti ingiunzioni cautelari adottate a Strasburgo impongono, a qualunque costo, il ricovero nelle REMS dei folli rei (soggetti incapaci di intendere e di volere, dichiarati socialmente pericolosi nei giudizi in cui erano stati riconosciuti non imputabili) giacché, a causa del mancato ricovero nelle REMS⁵, vengono illegalmente trattenuti in carcere – se già in custodia cautelare –, oppure di restare in libertà (spesso si tratta di persone senza fissa dimora), con conseguente rischio di compromissione della sicurezza degli altri cittadini.

Al momento, la soluzione di questi casi è stata affidata all'apertura di una nuova REMS extraterritoriale in Liguria, in cui ospitare pazienti provenienti da tutte le Regioni italiane. Se tale soluzione può ritenersi giustificabile con l'emergenza, la stessa non può che ritenersi provvisoria, viola, infatti, il principio di territorialità – indispensabile affinché i pazienti possano continuare ad essere seguiti dai centri che li hanno in cura, mantenendo uno stretto contatto con i familiari, necessario al loro reinserimento nel proprio tessuto sociale⁶. Il risarcimento dei danni non sembra costituire un

3 Corte EDU 24 gennaio 2022, *SY c. Italia*, ric. n. 11791/20.

4 La Relazione annuale al Parlamento indica che la Cancelleria della Corte EDU ha comunicato al Governo i ricorsi n. 11791/20 *Sy c. Italia* e n. 42627/20 *Preuschoff c. Italia* con cui i ricorrenti lamentano la violazione da parte dello Stato italiano degli artt. 2-3-5 Cedu e chiede altresì, ex art. 39 del Reg. della Corte EDU, l'adozione in via cautelare di misure urgenti dirette a tutelare la loro integrità psico-fisica.

5 Alcuni dati presenti nella Relazione annuale del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà 2022, indicano che nel 2020 la lista di attesa era composta da 835 persone (770 in libertà e 65 detenuti *sine titulo*); nel 2021 da 605 persone (42 detenute e 2 piantonate in SPDC), di cui 403 (66%) destinatarie di misure di sicurezza provvisorie; nel 2022 da 630 (6 detenuti *sine titulo*) di cui il 64% è ancora in attesa del primo giudizio.

6 Relazione annuale del 2022 del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà, in <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it>. Per alcune osservazioni sulla questione delle REMS e dei posti letto cfr. D. PICCIONE, *Il nuovo volto*

valido succedaneo giacché non solo non garantisce al folle reo le particolari cure di cui ha bisogno, ma ignora anche la sicurezza dei terzi con i quali lo stesso può entrare in contatto.

Peraltro, qualsiasi ipotesi presuppone l'adozione di una riforma che non è stata ancora pianificata⁷. Inerzia del legislatore che elude lo spirito della legge di riforma n. 81 del 2014 che non aveva quale unico obiettivo quello di soddisfare il bisogno di sorveglianza dei folli rei, bensì quello di garantire modalità di cura dei soggetti autori di reato, affetti da patologie psichiche⁸.

Il nostro sistema sembra non preoccuparsi di soddisfare le esigenze di cure mediche e quindi della salute del detenuto⁹, facendo prevalere l'obiettivo di proteggere la sicurezza della società¹⁰.

2. La storia del carcere come anche quella degli infermi mentali, autori di reato, sono diventate tema frequente di dibattito dopo la chiusura degli istituti psichiatrici giudiziari (OPG) avvenuta con l'approvazione della l. n. 81 del 2014. Il fenomeno della «porta girevole» tra carcere e territorio, da questa determinato ha comportato l'aumento della circolazione dei detenuti con disturbi psichiatrici¹¹. Comunque, anche all'interno degli istituti penitenziari è difficile gestire le persone affette da patologie psi-

delle misure di sicurezza per il folle reo. Tra poteri istruttori e sindacato della Corte costituzionale, in *Quad. cost.*, 2022, 553 ss.

7 Il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà nella relazione annuale 2022 sostiene lo stato ancora «acerbo» dell'attuazione della l. n. 81/2014, che ha portato alla chiusura degli OPG, a causa della persistenza di una cultura ancora non adeguata a dare realizzazione alla riforma.

8 Cfr. B. SECCHI, *La Corte EDU e le due misure emesse per sollecitare la cura. Servono davvero nuove Rems?* in *Sistema Penale*, 14 novembre 2022.

9 M. DEL ZANNA, O. GRANATI, F. SCARPA, *Il confine tra cura e custodia dopo la chiusura dell'OPG*, Relazione al Convegno *La salute mentale nella nuova sanità pubblica: il passato nel nostro futuro?*, Monteriggioni (SI), 16 ottobre 2015.

10 Al riguardo si veda Corte cost. n. 22 del 2017, *Considerato in diritto*, in cui il giudice *a quo* sostiene il principio secondo cui «la cessazione della misura di sicurezza detentiva, nonostante la persistente pericolosità sociale, anche elevata dell'internato, sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto si applicherebbe alle misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, un principio proprio delle misure di custodia cautelare». La Corte costituzionale, invece, ha stabilito che, sopravvenuta l'estinzione del reato per prescrizione, le misure di sicurezza provvisorie o definitive, risultavano inapplicabili, indipendentemente da quanto previsto dalla norma impugnata in merito alla loro durata.

11 C. CHERCHI, *L'Ippocrate incarcerato. Riflessioni su carcere e salute*, in *Studi sulla questione criminale*, 3, 2017, 89.

chiatriche più o meno gravi e più o meno note al momento dell'ingresso in carcere¹². Non è facile nemmeno avere una stima precisa dei detenuti sottoposti a terapia psichiatrica, dal momento che le stesse direzioni sanitarie hanno serie difficoltà a distinguere le diverse patologie¹³. Per non parlare, poi, degli psicofarmaci che vengono somministrati anche ai detenuti cui non è stata diagnosticata alcuna patologia psichiatrica, magari per tenere gli stessi sotto controllo¹⁴. Ma anche senza arrivare a questi eccessi delittuosi che ricordano i letti di contenzione, bersaglio della riforma Basaglia, l'ordinaria afflittività del carcere, derivante dalla funzione reclusiva, non può essere aggravata da alcun supplemento di pena, qual è l'uso improprio degli psicofarmaci o, ancor più, l'esasperante sovraffollamento delle carceri.

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2019 sui rei folli (soggetti a cui siano state diagnosticate in carcere l'insorgenza delle patologie psichiche) e sulla possibilità della loro detenzione domiciliare «umanitaria» rappresenta un possibile sbocco¹⁵ e, comunque, una soluzione attraverso la quale recuperare il rispetto dei principi costituzionali sulla pena¹⁶.

Il concetto di pericolosità sociale ha per lungo tempo consentito all'opinione pubblica di costringere l'ordinamento ad ignorare i diritti civili dei malati mentali, al pari di quelli dei detenuti, lasciandoli sprovvisti

12 Secondo un'indagine di Antigone, emergerebbe che gli psicofarmaci sono la categoria di farmaci maggiormente utilizzata in carcere Cfr. *Il carcere secondo la Costituzione*. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione del 2019, in www.antigone.it.

13 Si considerino, ad esempio, le terapie di lunga durata, che prevedono una prescrizione medica e che vengono inserite in un programma terapeutico, che sono differenti rispetto a quelle al «bisogno» che, vengono somministrate saltuariamente.

14 La massiccia contenzione farmacologica aumenterebbe la dipendenza e nello stesso tempo affievolirebbe la capacità di far fronte alla condizione detentiva in maniera responsabile e autonoma.

15 A parere di M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Diritto Penale e Processo*, 2019, 1267 ss., la Corte costituzionale ha posto attenzione nei confronti dell'esigenza di difesa sociale nel caso in cui non esistano strutture esterne in grado di far fronte alle problematiche connesse alla cura dei rei folli.

16 Per un commento a Corte cost. n. 99 del 2019, cfr. A. CALCATERRA, *Salute mentale e detenzione: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere*, in *Diritto penale e Uomo & Diritto Penale Contemporaneo*, 2019; L. BLUMETTI, *Il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali nel caso del soggetto detenuto affetto da una grave patologia psichica sopravvenuta alla condanna (a due anni dalla sentenza della Corte n. 99 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021; G. CHIOLA, *Mai più folli rei dentro il carcere*, in *Quad. cost.*, 2019, 891 ss.

di concreta tutela, così come è stata compressa la loro salute per favorire la sicurezza della collettività¹⁷. Il triste «doppio stigma» della malattia mentale e della delinquenza è stato portato avanti da una cultura politica segregazionista, che ha raggiunto la massima espressione nei primi anni del XX secolo segregando non soltanto gli handicappati intellettivi ed i dementi senili, ma anche le persone disadattate, i vagabondi, gli anarchici e socialisti, le persone alcolizzate e gli orfani di guerra¹⁸. La segregazione dei detenuti intesi come scorie sociali¹⁹, come anche i folli, costituiva una politica appartenente ad uno Stato paternalista che preservava la società dei «buoni e sani» da quelli dei «reietti e malati». Se tale impostazione è stata ribaltata a favore dei più deboli con l'avvento della legge Basaglia del 13.05.1978, n. 180, la vecchia supremazia «segregazionista» riaffiora in molte parti dell'ordinamento.

3. Neppure la chiusura degli OPG (l. n. 81/2014) e l'apertura delle REMS è riuscita ad eliminare la cultura segregazionista e manicomiale, instaurando, oltretutto, una fase caratterizzata dalle incertezze.

Queste strutture, infatti, introdotte con il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito nella legge 17 febbraio 2012, n. 9, sono utilizzabili residualmente quando le misure di sicurezza alternative alla detenzione non sono idonee ad assicurare né cure adeguate ai folli rei né a far fronte alla loro obiettiva pericolosità sociale. Le REMS nascono in un sistema ancora fondato sul doppio binario, secondo cui alla pena va riconosciuta una funzione di carattere retributivo, mentre alla misura di sicurezza quella di prevenzione nei confronti del reo – ritenuto socialmente pericoloso – al quale va riconosciuto dallo Stato la cura della sua salute. Alle due misure corrispondono, però, due diverse tipologie di giudizio: la pena scaturisce da un giudizio di responsabilità per la violazione di una norma; mentre la misura di sicurezza è fondata su un giudizio di pericolosità e sulla probabile recidività del comportamento criminale²⁰. Anche se i giudizi sono diversi, l'eliminazione

17 Corte cost. n. 253 del 2003, ha fissato il principio fondamentale secondo cui: «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno anziché vantaggio alla salute del paziente». M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2013.

18 C. LOMBROSO, *La medicina legale dell'alienazione*, 1873.

19 D.A. DE' ROSSI, L. BOLOGNA, F. COLCERASA, S. RENZULLI, *L'Universo della detenzione, Storia architettura e norme dei modelli penitenziari*, Milano, 2011.

20 L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, 569, l'A. sostiene che vi è una forte sproporzione fra enunciati criminologici e necessità prognostiche, essendo i

della pericolosità non è *sine die* giacché le misure di sicurezza, compresa quella del ricovero nelle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possano superare la durata della pena edittale prevista per il reato commesso (art. 1, c. 1-*quater* del d.l. n. 52/2014)²¹. Per evitare i c.d. ergastoli bianchi, pericolosità e cura vengono meno con l'estinguersi della pena. Ma la fase dell'intervento dello Stato non dovrebbe venire meno.

Anche la legge delega n. 103/2017, (art. 1, c.16, lett. d) pur allargando il campo d'intervento delle REMS non perde il collegamento con il carcere e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, «qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati» non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi²². Se la gestione «giudiziale» ha un termine, ma la pericolosità sociale persiste, dovrebbe essere accuratamente disciplinato il subentro delle istituzioni sanitarie regionali.

4. I recenti dati statistici dimostrano che il numero dei carcerati affetti da patologie mentali è in rapido aumento: complice il sovraffollamento carcerario, la popolazione straniera di difficile gestione ed i pessimi standard qualitativi del regime di carcerazione, che contribuiscono ad amplificare i disturbi mentali. I dati, inoltre, sono strettamente correlati all'innalzamento del tasso dei suicidi in carcere²³ e di forme di autolesionismo²⁴. Al fine di garantire il pieno diritto della popolazione carceraria ad un'adequata tutela della salute mentale, anziché utilizzare le REMS come «istituzioni di

primi solo enunciati di tendenza, caratterizzati da un inevitabile tasso di genericità. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008; A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale: dalla possibile riforma del doppio binario alla necessaria diversificazione della risposta "esecutiva"*, in *Questione Giustizia*, 2021.

- 21 G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in *Archivio di diritto penale contemporaneo*, 6 giugno 2014.
- 22 A. MASSARO, *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017.
- 23 Dalla Relazione del 2022 del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà, il numero dei suicidi è arrivato nel 2020 a 62; 59 nel 2021 e nel 2022, addirittura a 84.
- 24 XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione. *Suicidi e autolesionismo*, in www.antigone.it. Al riguardo occorre ricordare che nel corso del 2021 emerge una media di 19,9 casi di autolesionismo registrati in un anno ogni 100 persone detenute. In molti istituti penitenziari il numero di casi è ben superiore.

scarico», correndo il pericolo di trasformarle in «mini-OPG permanenti»²⁵ in cui il controllo dei detenuti resta affidato allo psichiatra (l'art. 3 *ter*, c. 3 lett. a, d.l. 22 dicembre 2011 n. 211, conv. in l. 17.2.12, n. 9, prescrive l'esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture), vanno potenziati percorsi diversi.

Invece di moltiplicare a dismisura le REMS, operazione immobiliare complicata e costosa, si potrebbe ricorrere al potenziamento di misure «carcerarie» diverse risultando difficile per i detenuti affetti da gravi malattie psichiatriche utilizzare il circuito delle misure alternative alla detenzione. Nel pieno rispetto del principio di territorialità e dei principi normativi in materia di superamento degli OPG²⁶, sarebbe possibile, ad esempio, incrementare i programmi di tutela della salute mentale in carcere potenziando attraverso il DAP (Dipartimento Amministrazione Penitenziaria) le sezioni di osservazione psichiatrica (per i detenuti *ex art.* 112 d.p.r. n. 230/2000), le articolazioni psichiatriche penitenziarie (per i detenuti *ex art.* 148 c.p.) e le sezioni speciali degli istituti penitenziari per i minorati psichici (*ex art.* 111 d.p.r. n. 230/2000 ed *ex art.* 65 op.).

Anche le Atsm (articolazioni per la tutela della salute mentale) che oggi si occupano di un numero irrisorio di persone (circa trecento persone su una popolazione detentiva di quasi 55.000 persone e quindi pari allo 0,5%) potrebbero avere in carico un numero ben più considerevole ai detenuti affetti da malattie psichiatriche²⁷.

La Corte costituzionale (sent. n. 99 del 2019) investita della questione dell'estensione della detenzione domiciliare «umanitaria» ai detenuti affetti da grave infermità psichica sopravvenuta, dopo aver stabilito che, mentre le REMS sono destinate ai folli rei, cioè ai detenuti non imputabili in quanto già affetti da malattia psichiatrica grave prima della commissione del reato, i rei folli e cioè i detenuti affetti da gravi malattie psichiche sopravvenute, vanno affidati alle sezioni degli istituti penitenziari in cui praticare trattamenti riabilitativi e terapeutici *ad personam* nel pieno rispetto degli artt. 27 e 32 Cost.²⁸. La Consulta ha ritenuto, peraltro, che nei confronti dei

25 Si vedano le osservazioni, in merito alla relazione al Parlamento sullo stato di attuazione dei programmi regionali relativi al superamento degli OPG, in *Un manicomio in Sardegna* in <http://www.news-forumsalutementale.it>.

26 Corte EDU 18 dicembre 2007, *Dybeku v. Albania*, ric. n. 41153/06; il riferimento è, in particolare alla Regola 47 delle Regole penitenziarie europee.

27 M. BORTOLATO, *La sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere*, in *Cassazione penale*, 2019, 3155.

28 G. SPINELLI, *L'inderogabilità e la tutela del diritto alla salute (anche) mentale del soggetto detenuto: la sentenza Corte cost. n. 99/2019*, in *Osservatorio costi-*

detenuti portatori di infermità di tipo psichico, incompatibile con lo stato di detenzione²⁹, sia indispensabile l'attivazione delle garanzie previste dagli artt. 146 e 147 c.p. (rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena), oppure l'adozione di misure alternative alla detenzione, come la detenzione domiciliare c.d. «in deroga», o «umanitaria»³⁰. Un'interpretazione evolutiva delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani³¹, in linea con il divieto assoluto della tortura o dei trattamenti inumani o degradanti³². Posizione che, nello stesso tempo, costituisce una valida soluzione deflattiva delle carceri, in controtendenza al sistema carceri – centrico, tutt'ora prevalente in Italia.

5. Problema ulteriore e diverso è, invece, quello dell'impossibilità di ammettere il soggetto destinatario dell'ordine d'internamento in una REMS per carenze strutturali di tali istituti con conseguente «inesecuzione» del provvedimento del giudice³³. Tale problema, che poi è quello delle c.d. liste di attesa, è stato affrontato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 22 del 2022.

tuzionale, 4, 2019, 126, è di contrario avviso sull'equiparazione strutturale della malattia fisica a quella psichica.

29 M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in www.costituzionalismo.it, 2, 2015.

30 V. GOLIA, *Quando “la prigionia è un’ingiustizia, la libertà un pericolo”: la detenzione domiciliare per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta*, in *Consulta online*, 3, 2019, 538 ss. *Contra*, cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell’offerta trattamentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016.

31 F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno al carcere, REMS e CPR*, Roma, 2017, 207 ss.

32 Una per tutte, Corte EDU, sez. II, 17 novembre 2015, *Bamouhammad c. Belgio*, ric. n. 47687/13.

33 La mancanza di alternative al carcere era già stata evidenziata nella delibera del CSM, *Direttive interpretative ed applicative in materia di superamento degli OPG e di istituzione delle REMS di cui alla legge n. 81 del 2014*, del 19 aprile 2017. Per un’ampia analisi cfr. P. DI NICOLA, *Vademecum per tentare di affrontare (e risolvere) il problema dell’assenza di posti nelle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 dicembre 2017; B. SECCHI, A. CALCATERRA, *La nuova risoluzione del CSM in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 novembre 2018.

La «quaestio» è stata sollevata dal Tribunale di Tivoli con ordinanza dell'11 maggio 2020, con la quale è stata posta in dubbio la legittimità del sistema delle REMS disciplinato dagli artt. 206 e 222 c.p. e dall'art. 3 ter del d.l. n. 211/2011 (conv. con mod. nella l. n. 9/2012, come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. a) del d.l. n. 52/2014, conv. con mod. nella l. n. 81/2014), per due motivi: 1) violazione degli artt. 27 e 110 della Costituzione in quanto tale disciplina esclude la competenza del Ministro della giustizia in relazione all'esecuzione della misura di sicurezza di ricovero nelle REMS, nonostante rientri anch'essa tra i servizi relativi alla giustizia (art. 110 Cost.); 2) violazione degli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost. nella parte in cui consentono la disciplina di una misura di sicurezza personale con atti amministrativi in violazione della riserva assoluta di legge che «copre» tutti i provvedimenti restrittivi personali.

Sul problema delle liste di attesa va, in primo luogo, osservato che lo stesso può verificarsi soltanto a condizione che il ricovero nelle REMS sia equiparabile alle altre misure di sicurezza³⁴ per le quali è stata prescritta non soltanto la temporaneità delle stesse ma anche l'impossibilità di superare il termine fissato per la pena edittale prevista per il reato ascritto al detenuto (art. 1, c.1-*quater*, d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. in l. 30 maggio 2014, n. 81). Diversamente, infatti, se il ricovero nelle REMS potesse durare *sine die* a causa del perdurare dei problemi sanitari dei detenuti ricoverati, anche «l'attesa» per i richiedenti in soprannumero potrebbe non avere mai fine.

In secondo luogo, va rilevata la limitatezza della «quaestio» sollevata dal Giudice *a quo* giacché tace del tutto sulle conseguenze che derivano dalla violazione dell'ordine di ricovero di un detenuto nella REMS soltanto perché manca il posto in tale istituto, con conseguente permanenza dell'infermo di mente all'interno del carcere.

Ne deriva, infatti, un serio problema di violazione dei diritti dell'uomo. La questione, oltretutto, non è nuova giacché è stata oggetto di una pronuncia della Corte EDU, nel caso *SY c. Italia*³⁵ con la quale è stata ritenuta con-

34 Corte cost. n. 99 del 2019, punto 5.1 *Considerato in diritto*.

35 Corte EDU, sez. I, 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*. Il ricorso ha ad oggetto la complessa vicenda giudiziaria che ha coinvolto G. Seydou Sy, cittadino italiano affetto da disturbo bipolare della personalità a seguito dell'arresto il 15 luglio 2017 per resistenza a pubblico ufficiale, lesioni personali e molestie. A causa di diversi episodi di allontanamento dall'abitazione, presso la quale Sy si trovava agli arresti domiciliari, il 4 settembre 2017 il Giudice per le indagini preliminari disponeva la custodia cautelare presso il carcere di Rebibbia e, contestualmente, richiedeva una perizia psichiatrica per verificare la compatibilità dello stato di salute del ricorrente con la detenzione. Il 22 novembre 2017, all'esito del giudizio abbreviato, il Gip assolveva Sy per difetto di imputabilità, e ne ordinava il ricovero

traria ai principi della tutela dei diritti dell'uomo l'inesecuzione della misura di sicurezza del ricovero presso le REMS a causa dell'indisponibilità dei posti con conseguente permanenza del detenuto nell'istituto carcerario.

La Corte di Strasburgo ha fondato la sua pronuncia sull'insufficienza del trattamento medico prestato al soggetto all'interno di un istituto penitenziario (*Strazimiri c. Albania*)³⁶, in spregio ai parametri di «adeguatezza dell'assistenza medica» (Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Rooman c. Belgio*)³⁷, dichiarando, conseguentemente, la responsabilità dello Stato per violazione della proibizione della tortura e del diritto al trattamento di cura per detenuti affetti da infermità psichica.

della durata di sei mesi in una REMS, presso la quale Sy avrebbe invero dovuto trovarsi già dal 6 ottobre 2017, a seguito della sostituzione della custodia cautelare in carcere per le sue condizioni di salute mentale e di pericolosità sociale. A causa della assenza di posti disponibili nelle REMS, il 23 dicembre 2017 il ricorrente veniva rimesso in libertà, a condizione della partecipazione ad un percorso di terapia personalizzato. Preso atto della persistenza della pericolosità sociale di Sy, il 14 maggio 2018 il giudice dell'esecuzione convertiva la misura del ricovero in una REMS con un anno di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, contestualmente alla prescrizione di un percorso terapeutico. Il 2 luglio 2018 Sy veniva arrestato per furto aggravato e resistenza a pubblico ufficiale, e sottoposto a custodia cautelare nel carcere di Rebibbia. La condanna inflitta in primo grado veniva ridotta a undici mesi di reclusione dalla Corte d'Appello di Roma, che, detratto il tempo già trascorso in custodia cautelare, ordinava la liberazione del ricorrente il 20 maggio 2019. Nel frattempo, il giudice dell'esecuzione convertiva la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con il ricovero in una REMS per un anno; Sy rimaneva, tuttavia, detenuto presso il carcere di Rebibbia a causa della mancanza di posti disponibili negli istituti di esecuzione delle misure di sicurezza. Il 7 aprile 2020, su istanza del ricorrente, la C. eur. dir. uomo imponeva al governo italiano la misura provvisoria (ex reg. 39 Regolamento Cedu) del trasferimento di Sy presso una REMS ovvero altro istituto compatibile con un percorso terapeutico e di trattamento del disturbo psichico. Il ricorrente, trasferito nella REMS Castore di Subiaco il 27 luglio 2020, lamentava la violazione, tra gli altri, dell'art. 3 Cedu, poiché la detenzione presso l'istituto carcerario ordinario di Rebibbia avrebbe impedito di seguire un percorso terapeutico riabilitativo. La Corte EDU ha accolto il ricorso e ritenuto all'unanimità la violazione dell'art. 3 Cedu, in quanto lo stato di salute mentale del ricorrente, attestato in più occasioni dai giudici nazionali, nonché dai consulenti d'ufficio e dai medici del carcere, e la sottoposizione ad un percorso terapeutico personalizzato risultavano incompatibili con la carcerazione ordinaria, prolungatasi per quasi due anni in luogo del ricovero presso una REMS.

36 Corte EDU 21 gennaio 2020, *Strazimiri contro Albania*, ric. n. 34602/16.

37 Corte EDU, Grande Camera, 31 gennaio 2019, *Rooman c. Belgio*, ric. n. 18052/11. La Corte ritiene che l'autorità pubblica sia tenuta a garantire un trattamento personalizzato e adeguato.

Nonostante l'attualità della pronuncia della Corte EDU nella *quaestio* sollevata dal Tribunale di Tivoli non si fa menzione della violazione dell'art. 10 Cost. in relazione all'art. 5 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo.

6. La Consulta, a seguito del ricevimento della *quaestio* con l'ordinanza n. 131/2021, peraltro, ha ritenuto necessario avviare un'ampia istruttoria, per acquisire una serie di informazioni relative all'operatività delle REMS³⁸.

Tale istruttoria era diretta ad acquisire dati certi in merito alle seguenti numerose domande:

a) numero delle REMS attive sul territorio di ciascuna Regione; b) numero pazienti provenienti da Regioni diverse e disciplina della deroga al principio di territorialità; c) quantificazione regionale delle liste di attesa per il ricovero nelle REMS; d) quantificazione del numero delle persone destinatarie del ricovero in una REMS non eseguito; e) i titoli di reato delle persone assegnate alle REMS; f) quantificazione delle persone che sono state invece collocate in una struttura penitenziaria; g) le difficoltà di funzionamento dei luoghi di cura psichiatrica esterni alle REMS; h) se esistono forme di coordinamento di livello governativo, ASL, Dipartimenti di salute mentale, per l'esecuzione di misure di sicurezza per infermi di mente socialmente pericolosi; i) competenze relative a tale problema del Ministro della giustizia e di quello della salute; j) se il ricovero nelle REMS e gli altri trattamenti per la salute mentale rientrano nei livelli essenziali di assistenza (LEA) che le Regioni debbono garantire; k) se sia effettuato dal Governo il monitoraggio della tempestiva esecuzione dei provvedimenti di applicazione delle misure di sicurezza in esame; l) la previsione dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo; m) se le difficoltà applicative siano dovute all'inadeguatezza delle risorse finanziarie; n) se siano allo studio progetti di riforma per rendere più efficienti l'esecuzione delle misure di sicurezza giudiziali nei confronti degli infermi di mente.

7. Una ponderosa e puntuale relazione sui vari punti è stata quindi depositata alla Corte la quale, però, inaspettatamente, con la sentenza 22 del

38 Per un commento dell'ordinanza cfr. G. MONACO, *Una complessa ordinanza istruttoria della Consulta in tema di misure di sicurezza*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1, 2022, 1 ss.

2022, ha deciso l'inammissibilità della *quaestio*. Come alibi, è stato invocato l'*aberratio ictus* che sarebbe derivata dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale. La pronuncia di annullamento, infatti, avrebbe determinato la caducazione integrale delle REMS e quindi del faticoso processo di superamento degli OPG³⁹. Il vuoto di tutela che ne sarebbe conseguito avrebbe determinato un risultato diametralmente opposto rispetto alle aspettative del giudice ricorrente (anche se irrilevanti), dirette ad ottenere un miglioramento del regime di ricovero nelle REMS.

La Corte, comunque, ha voluto ignorare la possibilità di adottare altre possibili soluzioni «manipolative» idonee a colmare l'insufficienza del ricovero nelle REMS. Così, tra le possibili soluzioni alternative al ricovero nelle REMS, potrebbe evocarsi la detenzione domiciliare umanitaria in deroga, ex art. 47-ter, c.1-ter op., introdotta per i malati psichici dalla sentenza C. cost. n. 99 del 2019; il Trattamento sanitario obbligatorio (TSO ex artt. 33-35 l. 23 dicembre 1978, n. 833); il ricovero presso i servizi psichiatrici ospedalieri ex art. 286 c.p.p. Di tali soluzioni alternative la Corte ha esaminato soltanto il TSO che, peraltro, ha escluso, in quanto, a differenza del ricovero coatto nelle REMS, tale misura viene adottata indipendentemente dalla commissione di un reato e direttamente dall'autorità amministrativa (sia pure con successiva convalida giurisdizionale). Alle altre soluzioni possibili la Corte non ha fatto cenno. È possibile che la limitatezza del *thema decidendum* da cui risulta affetta l'ordinanza di rimessione, con la quale è stato censurato il mancato ricovero nelle REMS soltanto sotto il profilo dell'estromissione del Ministro della giustizia (art. 110 Cost.) e sotto quello della violazione della riserva di legge, abbia inciso sulla «timidezza» del *decisum*, anche se l'ampiezza dell'istruttoria ordinata dalla Corte (ord. 131 del 2022) e dei risultati ottenuti era tale da offrire alla stessa la possibilità di trovare soluzioni decisorie diverse, come, oltretutto, in un caso finitimo, era già avvenuto (sent. n. 99 del 2019, punto 2.1). In quel caso, inoltre, per giustificare il suo intervento manipolativo, la Corte ha affermato, in generale, che «I problemi della dignità dell'uomo non possono in alcun modo non riguardare anche coloro che sono oggetto di misure detentive, e più in generale, tutti quelli che sono sottoposti a misure di sicurezza personale. Anche fuori dal carcere, ovunque ci sia un assoggettamento ad un potere limitativo della libertà personale, e quindi anche nei confronti degli autori di reato con patologia psichiatrica all'interno delle REMS [...]. D'altro canto, l'assoluta necessità di difendere la dignità del detenuto avrebbe potuto spingere la Corte, ove avesse ritenuto impercor-

39 Corte cost. n. 22 del 2022, punto 6, *Considerato in diritto*.

ribile la strada manipolativa, senza rinunciare al proprio ruolo di custode della Costituzione⁴⁰ di fronte alla prolungata inerzia del legislatore, a sollevare davanti a sé stessa, o minacciare di farlo, un conflitto di attribuzione, all'esito del quale adottare direttamente una disciplina provvisoria della *quaestio* (ad esempio, mediante l'apertura negli Ospedali di reparti custoditi dalla Polizia giudiziaria). Sforzo che appariva, oltretutto, opportuno anche in considerazione della dimensione «europea» assunta dal problema a causa delle citate decisioni della Corte di Strasburgo.

Comunque, anche a voler ridurre la funzione della Corte a quella di indirizzo nei confronti del futuro legislatore, oltre alla dichiarazione di fondatezza delle censure mosse dal giudice *a quo* (carente partecipazione del Ministro di giustizia e violazione della riserva di legge) distaccandosi dal limite del *thema decidendum* fissato con l'ordinanza di remissione, avrebbe potuto suggerire al legislatore futuro la necessità di conformare la disciplina di qualsiasi misura di sicurezza personale al parametro dell'art. 13 Cost. e della doppia riserva dallo stesso imposta: quella assoluta di legge e quella di giurisdizione. Quest'ultima, in particolare, comporta l'insufficienza della presenza del giudice soltanto nella fase iniziale di adozione della misura menomativa della libertà personale, ma dev'essere garantita anche durante l'intero procedimento applicativo.

8. Alla luce della citata sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale è stato approvato il 30 novembre 2022, dalla Conferenza unificata Stato-Regioni, l'Accordo per la gestione dei pazienti psichiatrici con misure di sicurezza. Con questo Accordo sono stati istituiti la Cabina nazionale e il Punto Unico Regionale (P.U.R.). Tali organismi hanno come obiettivo quello di monitorare, coordinare e indirizzare le misure di sicurezza in modo da garantire i necessari e più appropriati percorsi assistenziali, affiancandosi al preesistente «Organismo di coordinamento per il superamento dell'OPG presso il Ministero della salute».

Il nuovo apparato dovrebbe operare come struttura d'appoggio dell'Autorità giudiziaria per offrire alla stessa tutto il supporto necessario all'esecuzione dei provvedimenti applicativi delle misure di sicurezza che, peraltro, debbono muoversi nell'ambito di percorsi assistenziali il più possibile condivisi e/o conosciuti dai pazienti e, comunque, idonei alla cura dei pazienti psichiatrici autori di reato.

40 Come rilevato da C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in Aa. Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 172.

Priorità alla cura, dunque, anche se rimane oscuro il rapporto tra giustizia e psichiatria.

Dall'accordo traspare, inoltre, la convinzione che alle REMS dovrebbe essere riconosciuto un ruolo residuale e transitorio, riservato alle misure di sicurezza definitive, la cui gestione dev'essere sanitaria e la vigilanza soltanto perimetrale a tali strutture.

L'Accordo riconferma, altresì, il principio di territorialità delle REMS che non dovrebbe essere superabile con accordi tra REMS limitrofe o con l'istituzione di REMS «nazionali», qual è, invece, la REMS ligure di Calice di Cornoviglio, anche se la lista di attesa potrebbe determinare, di per sé, una situazione di emergenza e la conseguente «rottura» provvisoria delle regole.

Per ridurre le liste di attesa tra i criteri di priorità viene, inoltre, enunciato quello delle «caratteristiche sanitarie del paziente» e, allo stesso tempo, viene affermata l'inadeguatezza dei ricoveri presso le strutture penitenziarie mentre vengono ritenute valide collocazioni esterne alternative alle REMS.

Tra le proposte per lo snellimento delle liste di attesa, viene inoltre posto l'interrogativo se l'impiego di ricoveri in REMS non sia una misura da riservare ai malati psichiatrici che abbiano commesso reati con violenza alla persona. Infine, viene riconfermata l'illegittimità di trasformare in misure detentive i ricoveri in REMS resi impossibili dall'inefficienza delle amministrazioni sanitarie regionali.

Censura che, peraltro, andrebbe estesa al Governo a causa del mancato impiego dei suoi poteri sostitutivi *ex art. 120, c. 2, Cost.* Se la finalità dell'Accordo è condivisibile, il mezzo, però, è del tutto inadeguato a rispondere all'invito pressante rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore quale detentore di poteri incisivi e definitivi per risolvere il problema dell'insufficienza del ricovero nelle REMS.

GIANPIERO COLETTA

IL PROBLEMA DEL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO IN ITALIA E LE STRATEGIE ADOTTATE PER CERCARE DI RISOLVERLO

SOMMARIO: 1. L'assenza nell'ordinamento penitenziario di disposizioni dedicate allo spazio personale da garantire a ciascun detenuto e le misure adottate dallo Stato italiano per arginare il fenomeno del sovrappopolamento carcerario dopo la condanna subita nel 2009 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. 2. Gli obblighi derivanti dalla sentenza *Torreggiani* a proposito di sovraffollamento e diritti dei detenuti e la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla magistratura di sorveglianza. 3. La strada percorsa dal nostro legislatore per cercare di porre fine al sovrappopolamento carcerario e rendere l'ordinamento penitenziario rispettoso di quanto affermato dai giudici di Strasburgo.

1. Nel nostro Paese l'eccessivo numero di detenuti rispetto all'effettiva capienza degli istituti di pena è un fenomeno che ha assunto dimensioni considerevoli a partire dai primi anni del XXI secolo¹.

Come è noto, tale fenomeno ha diverse cause, ma le più importanti vanno individuate nella perdurante inadeguatezza delle strutture penitenziarie ad accogliere molte persone² e nella crescita della popolazione carceraria dovuta a scelte legislative che hanno incrementato il ricorso a pene detentive, a un insufficiente utilizzo delle misure alternative alla detenzione e ad un vero e proprio abuso della custodia cautelare in carcere³.

A ben guardare, in un istituto penitenziario sovraffollato è difficile garantire ai reclusi il trattamento cui avrebbero diritto in base a quanto stabilito dall'art. 27, comma 3 della Costituzione, perché l'essere costretti all'interno di celle già sature rappresenta un serio ostacolo all'esecuzione di una pena che sia rispettosa del senso di umanità e che tenda alla rieducazione del condannato⁴.

1 In proposito v., fra i tanti, G. CHIOLA, *Il sistema carcerario italiano. Profili costituzionali*, Torino, 2020, 159.

2 Cfr. S. GIAMBRUNO, *Diritto penitenziario*, Milano, 2006, 102-103.

3 Sul punto v., in generale, R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, 2016, 3-4 e G. CHIOLA, *op. cit.*, 160.

4 Al riguardo v., fra gli altri, V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in Id. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento peni-*

Occorre, poi, tener presente che in un carcere sovrappopolato le condizioni in cui sono obbligati a vivere i detenuti ne comprimono il godimento dei diritti che sono compatibili con la loro particolare situazione giuridica e ciò risulta inaccettabile ove si consideri che nella legge n. 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario si è disposto che tali diritti vanno riconosciuti ad ogni individuo privato della libertà personale⁵ e che in proposito la Corte costituzionale è pervenuta ad analoghe conclusioni⁶. Non sfugge, infatti, che la Consulta ha evidenziato che la carcerazione non può mai tradursi in un totale disconoscimento delle posizioni soggettive del recluso⁷ e che la dignità della persona è protetta dalla Costituzione «attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé durante lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»⁸.

Va, infine, ricordato che l'eccessivo numero di detenuti rispetto all'effettiva capienza degli istituti di pena può causare consistenti violazioni dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, perché può dar vita a quei trattamenti inumani o degradanti che sono espressamente vietati dall'articolo in questione⁹.

tenziario, Bologna, 1981, 8; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 8; M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 2005, 51 ss. Sulle varie criticità costituzionali che prendono forma all'interno degli istituti penitenziari sovraffollati v., per tutti, A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1212 ss.

- 5 In proposito v., fra i molti, G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 30 e F. TRIBISONNA, *Quanta umanità in tre metri quadrati? Indirizzi interpretativi circa i criteri di calcolo dello spazio vitale intramurario e problematica del bagno "a vista"*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1464-1465.
- 6 Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Poteri normativi del Governo e sovraffollamento carcerario*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 2-3.
- 7 La Corte costituzionale è pervenuta a tali conclusioni nella sentenza n. 114 del 1979, nella sentenza n. 410 del 1993 e nella sentenza n. 212 del 1997. In argomento v., fra gli altri, M. D'AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale*, in A. Scalfati (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 129.
- 8 Il giudice delle leggi si è espresso in questi termini nella sentenza n. 26 del 1999. Sul fondamentale tema della dignità dei detenuti v. G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, 237 ss.; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3 ss.
- 9 Sul divieto di trattamenti inumani o degradanti previsto dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo v., fra i tanti, F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Riv. dir. comp.*, n. 3/2017, 15 ss.

Non vi è dubbio, allora, che per vari motivi gli istituti sovraffollati non possono essere considerati dei luoghi nei quali i diritti fondamentali di chi li abita vengono adeguatamente tutelati.

È tuttavia innegabile che in Italia questi luoghi esistono e che la loro presenza è stata resa possibile dal fatto che nell'ordinamento penitenziario mancano disposizioni specificamente dedicate allo spazio da garantire a ciascun detenuto¹⁰. La legge n. 354 del '75 si è, infatti, limitata a prevedere che nelle carceri i locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti e ha genericamente stabilito che il numero dei ristretti deve essere limitato in modo da «favorire l'individualizzazione del trattamento»¹¹. Non sfugge, inoltre, che anche nel regolamento di esecuzione della legge in questione – il d.p.r. n. 230 del 2000 – manca ogni riferimento alla dimensione delle celle e alla superficie inframuraria da garantire ad ogni detenuto¹².

Di fronte a questo vuoto normativo, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha ritenuto opportuno applicare alla realtà carceraria quanto previsto in un decreto del Ministero della sanità del luglio del 1975 a proposito dell'ampiezza minima delle stanze da letto nelle abitazioni civili¹³ ed è giunto alla conclusione che se una cella singola non può essere inferiore ai 9 metri quadrati, nelle celle multiple bisogna garantire ad ogni persona presente in più ulteriori 5 metri quadrati¹⁴. Con tale iniziativa non si è, però, riusciti a sopperire all'assenza di precise indicazioni legislative sullo spazio che ogni recluso dovrebbe avere a disposizione e il problema del sovraffollamento ha continuato ad interessare diversi istituti penitenziari¹⁵.

Il *deficit* legislativo in parola ha, quindi, rappresentato un serio ostacolo al superamento delle criticità che caratterizzano i luoghi di detenzione

10 Al riguardo v., fra i tanti, A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 246.

11 Tale previsione è contenuta nell'art. 6 della legge n. 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario.

12 Sul punto si rinvia a F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1469, la quale ha opportunamente segnalato che questa anomia normativa rende davvero difficile «stabilire a priori delle regole vincolanti».

13 Facciamo riferimento a quanto stabilito nell'art. 2 del decreto del Ministero della sanità del 5 luglio 1975.

14 In proposito v., fra gli altri, F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3 ss. e C.R. PISCITELLO, A. ALBANO, F. PICOZZI, *Avvertenze per la lettura delle statistiche europee sul sovraffollamento delle carceri*, in *Cass. pen.*, 2015, 2144 ss.

15 Sui vari effetti negativi derivanti dall'anomia legislativa in questione v. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 1207 ss.

sovrappopolati ed è prova del fatto che, per un lungo periodo di tempo, il nostro decisore politico ha preferito non tener conto dei riflessi negativi che l'eccessivo numero di persone recluse ha nei confronti dei servizi e delle attività che dovrebbero sempre essere garantiti negli istituti di pena¹⁶.

Dal 2010 lo Stato italiano ha, tuttavia, iniziato ad affrontare il problema del sovraffollamento e a occuparsi del benessere di quanti lo subiscono. In particolare, ha cominciato a prestare attenzione a quanto affermato nei suoi rapporti dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti¹⁷ e ha soprattutto provato a rispondere alle forti critiche provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che in due occasioni ha condannato il nostro Paese per violazione dell'art. 3 della Cedu proprio a causa delle condizioni in cui sono costretti a vivere i detenuti presenti in carceri sovrappopolate¹⁸.

Come sappiamo, è con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del luglio del 2009 che la Corte europea ha per la prima volta ritenuto il sovraffollamento carcerario motivo di condanna del nostro Paese per mancato rispetto del diritto convenzionale¹⁹.

Con tale decisione i giudici di Strasburgo si sono espressi su un ricorso presentato da una persona reclusa nell'istituto penitenziario di Rebibbia che denunciava di essere stata costretta a vivere la propria detenzione in spazi inadeguati e sono giunti alla conclusione che il ricorrente aveva subito un trattamento inumano o degradante per tutto il periodo in cui aveva avuto a disposizione una superficie di soli 2,70 metri quadrati, avendo dovuto condividere una cella di 16, 20 metri quadrati con altri cinque indi-

16 Cfr. M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 29.

17 Come ha puntualmente ricordato F. TRIBISONNA, *Quanta umanità in tre metri quadrati?*, cit., 1469, n. 44, in diversi rapporti redatti nel corso degli anni il Comitato «ha stabilito uno *standard* minimo, seppur approssimativo, di 6 metri quadrati per un solo occupante, di 9 metri quadrati per 2 occupanti e – con riguardo agli spazi più ampi – di 4 metri quadrati per detenuto». In alcune occasioni ha, poi, fatto presente che «le dimensioni auspicabili (da non confondersi con le dimensioni minime accettabili) delle celle che ospitino un solo detenuto sarebbero di circa 9/10 metri quadrati».

18 Sulle varie decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo dedicate al sovrappopolamento carcerario v., fra i tanti, R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, n. 4/2013, 441 ss.

19 Sui contenuti della sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 16 luglio 2009 v., fra gli altri, M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani e degradanti*, in *Quest. giust.*, 2009, 111 ss. e L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, 4938 ss.

vidui. Secondo i giudici, il vivere in uno spazio detentivo così limitato è incompatibile con quanto disposto dall'art. 3 della Cedu perché è fonte di gravi sofferenze e, per questa ragione, hanno deciso di condannare l'Italia al risarcimento dei danni morali patiti dal ricorrente²⁰.

All'indomani della sentenza *Sulejmanovic* il nostro Governo ha iniziato a prendere sul serio il problema del sovraffollamento. Non si può, infatti, ignorare che, con un d.p.c.m. del gennaio del 2010, ha proclamato uno stato d'emergenza proprio a seguito dell'acuirsi del problema in questione²¹ ed ha contestualmente varato un piano straordinario per la costruzione di nuovi istituti penitenziari e l'ammodernamento di quelli esistenti e per l'introduzione di misure normative finalizzate ad una riduzione della popolazione carceraria²². In attuazione del piano straordinario si è così avuto un ampliamento del parco penitenziario²³ e si è giunti all'adozione di due atti normativi di un certo rilievo: la legge n. 199 del 2010 e il decreto legge n. 211 del 2011, convertito con modificazioni nella legge n. 9 del 2012²⁴. L'importanza di questi atti deriva dagli scopi deflattivi che li caratterizzano, perché se il primo di essi ha temporaneamente introdotto nell'ordinamento la possibilità di scontare presso la propria abitazione (o in altro luogo pubblico o privato di cura, accoglienza e assistenza) la pena detentiva non superiore ai dodici mesi anche se parte residua di una pena superiore²⁵, il secondo ha innalzato a diciotto mesi il predetto limite della

20 Per F. URBAN, *op. cit.*, 29, nel giudizio della Corte hanno avuto un peso significativo gli *standard* spaziali raccomandati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e ciò risulta evidente ove si consideri che nell'opinione concordante del giudice Sajo si legge che la mancanza di spazio in cella, nonostante non costituisca di per sé un trattamento inumano o degradante, dava luogo a una detenzione inaccettabile, perché «palesamente e nettamente fuori dalle regole raccomandate dal Comitato».

21 Va ricordato che è con il d.p.c.m. del 13 gennaio 2010 che l'Esecutivo ha proclamato uno stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari.

22 Su tale piano v., in generale, R. MONTALDO, *op. cit.*, 9.

23 A ben guardare, nelle intenzioni del Governo il piano straordinario avrebbe dovuto portare alla creazione di 11.934 nuovi posti detentivi, ma in realtà ha prodotto un aumento della capienza carceraria di 4415 posti.

24 Secondo F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano*, cit., 42, gli interventi legislativi in parola «erano per lo più finalizzati allo svuotamento delle carceri ma non a contenere nuovi ingressi».

25 Sulla legge in esame si rinvia a S. TURCHETTI, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? – Considerazioni a margine della l. 26 novembre 2010, n. 199*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2010, 1 ss.

detenzione domiciliare e ha modificato l'art. 588 del codice di procedura penale, prevedendo che la costrizione in carcere di chi è in attesa di giudizio deve rappresentare un'eccezione e non la regola²⁶.

Con l'attuazione del piano straordinario si è, dunque, cercato di ridurre il numero dei reclusi presenti negli istituti sovrappopolati e in effetti tra il 2011 e il 2012 quest'obiettivo è stato parzialmente raggiunto²⁷. Va, però, considerato che, anche dopo l'allargamento del parco penitenziario e l'adozione di misure legislative con effetti deflattivi, il problema del sovraffollamento ha continuato a interessare molte carceri italiane e, di fronte a questa situazione, nel 2013 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha nuovamente condannato il nostro Paese per il mancato rispetto dell'art. 3 della Cedu²⁸.

2. È con la sentenza *Torreggiani ed altri c. Italia* del gennaio del 2013 che i giudici di Strasburgo sono tornati ad occuparsi del sovraffollamento presente nei nostri istituti di pena e hanno nuovamente condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 3 della Convenzione²⁹. È con tale pronuncia che hanno, infatti, ancora una volta dato ragione a dei reclusi che lamentavano il mancato rispetto del proprio diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti proprio a causa del sovraffollamento carcerario³⁰.

Come è noto, la sentenza in esame ha avuto origine da ricorsi presentati da persone ristrette negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza, ognuna delle quali affermava di essere stata reclusa in una cella di 9 metri quadrati con altri due detenuti e di aver così avuto a disposizione uno spazio personale di soli 3 metri quadrati, peraltro ulteriormente ridotto dalla pre-

26 Con tale modifica si è, dunque, cercato di porre rimedio al problema delle cd. porte girevoli. Sugli ulteriori interventi normativi che avrebbero dovuto attuare il piano straordinario v. R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani*, cit., 9-10.

27 Cfr. F. URBAN, *op. cit.*, 42.

28 Sui deludenti risultati conseguiti dallo Stato italiano nella lotta al sovraffollamento carcerario dopo la sentenza *Sulejmanovic* del 2009 v. A. GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 633 ss. e S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2013, 1 ss.

29 Su tale decisione v., fra i tanti, G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss. e F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di 1 anno*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2013, 1 ss.

30 Cfr. P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad. cost.*, 2013, 161 ss.

senza di mobilio. Occorre, poi, segnalare che i ricorrenti sostenevano di aver subito un trattamento non rispettoso di quanto previsto dall'art. 3 della Cedu anche per la carente disponibilità di acqua calda nelle docce, per l'inadeguato ricambio d'aria nelle celle e per la loro insufficiente illuminazione³¹.

La Corte europea, accertata la veridicità di quanto denunciato nei ricorsi, ha ricordato che la carcerazione non fa mai perdere al recluso il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione e che, anzi, il detenuto può spesso aver bisogno di una più forte tutela dei diritti in questione «per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato»³². Nella pronuncia è stato, inoltre, sottolineato che, per non violare il diritto convenzionale, le autorità statali devono improntare il trattamento penitenziario a criteri di umanità e devono, quindi, assicurare ad ogni ristretto uno spazio adeguato all'interno della cella e condizioni di vita dignitose³³. Non stupisce, allora, che la Corte ha ritenuto che la grave mancanza di spazio imposta ai ricorrenti costituisca di per sé un trattamento contrario alla Convenzione e che le già difficili condizioni dei soggetti in parola abbiano subito un ulteriore peggioramento per la carenza di acqua calda a disposizione e per il soggiornare in celle poco illuminate e prive di un adeguato ricambio d'aria³⁴.

Con la decisione in esame si è, dunque, ribadito quanto già asserito nella sentenza *Sulejmanovic*, perché si è ancora una volta affermato che ogni detenuto deve poter disporre di uno spazio personale di almeno 3 metri quadrati per non subire un trattamento inumano o degradante³⁵. Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto nel 2009, con la sentenza *Torreggiani* non ci si è limitati ad accertare l'eventuale violazione della Convenzione nel caso di specie. Con tale pronuncia si è, infatti, deciso di imporre all'Italia il pagamento di somme di denaro per compensare i danni causati ai ricorrenti, ma si è anche fatto presente che il sovraffollamento carcerario, lungi dall'essere un fenomeno episodico, rappresenta ormai un problema strutturale che deriva da un malfunzionamento cronico del sistema penitenziario³⁶.

31 Al riguardo v. F. TRAPPELLA, *Carceri italiane*, in *Proc. pen. giust.*, n. 2/2013, 16-17.

32 Corte EDU, sentenza *Torreggiani ed altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013, § 65.

33 In proposito v. L. UCCELLO BARRETTA, *Il sovraffollamento carcerario tra protezione dei diritti fondamentali e discrezionalità legislativa* (nota a Corte cost. n. 279/2013), in www.osservatorioaic.it, marzo 2014, 4.

34 Sul punto v. F. BIONDI DAL MONTE, *op. cit.*, 6.

35 Cfr. F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano*, cit., 37.

36 In maniera condivisibile F. BIONDI DAL MONTE, *Poteri normativi del Governo e sovraffollamento carcerario*, cit., 6, ha segnalato che il malfunzionamento cronico del nostro sistema penitenziario era confermato anche dalla pendenza di numerosi

Riconoscendo che nel nostro Paese il sovraffollamento avrebbe continuato a danneggiare in futuro non pochi detenuti, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto opportuno rispondere alle denunce dei reclusi di Busto Arzizio e Piacenza con una sentenza pilota e non con una semplice pronuncia di condanna³⁷. Per effetto di questa loro scelta e, in coerenza con quanto disposto dall'art. 46 della Convenzione a proposito del cd. *pilot judgement*³⁸, i giudici non si sono quindi limitati a dare ragione ai ricorrenti e, dopo aver stigmatizzato il carattere sistematico del nostro sovrappopolamento carcerario, hanno assegnato alle autorità nazionali un anno di tempo da quando la sentenza sarebbe diventata definitiva per adottare misure volte a risolvere il problema del sovraffollamento e a tutelare in modo adeguato i diritti di quanti lo subiscono o lo hanno dovuto subire³⁹.

La sentenza *Torreggiani* risulta essere, dunque, di notevole rilievo, perché con essa la Corte europea ha attribuito all'Italia il compito di rendere il suo sistema penitenziario rispettoso dell'art. 3 della Cedu e, cosa particolarmente significativa, ha pure indicato dei piani di azione da seguire per raggiungere l'obiettivo⁴⁰. Dalla lettura della decisione emerge, infatti, che la Corte ha fortemente esortato il nostro Paese ad agire al fine di ridurre in maniera permanente la popolazione carceraria⁴¹ e lo ha obbligato ad inserire nell'ordinamento un ricorso o una combinazione di ricorsi che siano

altri ricorsi proposti contro l'Italia per violazione dell'art. 3 della Cedu «in relazione alle inadeguate condizioni detentive legate al sovraffollamento carcerario».

37 F. URBAN, *op. cit.*, 38-39, ha ricordato che con le sentenze pilota la Corte europea «precisa quale ordine di interventi strutturali – sulla legislazione e sulla prassi interna – debbano essere posti in essere dal Parlamento e dal Governo nazionale». Agendo in tal modo, la Corte non annulla o modifica disposizioni interne contrastanti con la Cedu, ma «assume il ruolo di *autorevole impulso* rispetto alle riforme necessarie per conformare il sistema giuridico nazionale alle esigenze della Convenzione».

38 Al riguardo v., fra i tanti, E. Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2015, 179 ss. In generale, sulla nozione di sentenza pilota v. anche F.M. Palombino, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2008, 91 ss.

39 In proposito v., fra gli altri, M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 940 e L. Uccello Barretta, *op. cit.*, 3.

40 Cfr. A. Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni da seguire*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013, 3.

41 Come puntualmente segnalato da L. Uccello Barretta, *Il sovraffollamento carcerario*, cit., 4, la Corte di Strasburgo ha sollecitato le autorità nazionali «ad individuare misure volte a diminuire in modo permanente e definitivo la popolazione carceraria» e ha suggerito loro «una valorizzazione delle pene non privative della libertà

ideali a garantire una riparazione rapida ed effettiva delle violazioni della Convenzione subite dai detenuti a causa del sovraffollamento⁴².

Per adempiere con celerità agli obblighi derivanti dalla sentenza del 2013 e non subire ulteriori condanne in sede europea, nel novembre di quell'anno lo Stato italiano ha presentato ai giudici di Strasburgo un piano di azione con cui si è impegnato a superare le criticità del sistema penitenziario⁴³. Non sfugge, inoltre, che per queste stesse ragioni tra il 2013 e il 2014 ha adottato degli importanti provvedimenti legislativi in tema di sovrappopolamento carcerario e protezione dei diritti dei detenuti⁴⁴.

Dobbiamo, però, ricordare che, prima delle iniziative in parola, a tener conto di quanto asserito dalla Corte europea sono stati i tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano che all'inizio del 2013 hanno promosso due analoghi giudizi sulla legittimità costituzionale dell'art. 147 del codice penale, nella parte in cui non prevede la possibilità di rinviare l'esecuzione della pena quando la stessa rischi di essere eseguita in condizioni contrarie al senso di umanità⁴⁵. Tali tribunali hanno, infatti, sostenuto che la mancata previsione di un differimento facoltativo della pena a beneficio di chi subisca una detenzione non dignitosa per effetto del sovrappopolamento carcerario violi gli artt. 2, 3, 27 comma 3 e 117 comma 1 del testo fondamentale⁴⁶ e per questo motivo hanno chiesto alla Corte costituzionale di pronunciare una sentenza additiva con cui includere tra i casi di applicazione dell'art. 147 del codice penale anche il trattamento inumano o degradante del recluso derivante dal sovraffollamento⁴⁷.

e un uso moderato della custodia cautelare in carcere, rimarcando implicitamente l'opportunità di abbandonare una visione carcerocentrica del sistema punitivo».

42 Cfr. Corte EDU, sentenza *Torreggiani ed altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013, § 99.

43 Sul piano d'azione presentato alla Corte europea v. F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano*, cit., 45.

44 Ci riferiamo, come è noto, al decreto legge n. 78 del 2013 (convertito nella legge n. 94 del 2013), al decreto legge n. 146 del 2013 (convertito nella legge n. 10 del 2014), alla legge n. 67 del 2014 e al decreto legge n. 92 del 2014 (convertito nella legge n. 117 del 2014).

45 Sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano v., fra i tanti, A. GARGANI, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 572 ss. e L. UCCELLO BARRETTA, *op. cit.*, 4-5.

46 Al riguardo v. R. BASILE, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in *www.giurcost.org*, 2014, 3-4.

47 Su questa richiesta dei tribunali di sorveglianza v., in senso parzialmente critico, G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quad. cost.*, n. 2/2013, 428 ss. e R. ORLANDI, *Il*

Con la sentenza n. 279 del 2013 il giudice delle leggi ha, tuttavia, dichiarato inammissibili entrambe le questioni sollevate, perché diverse sono le misure normative adottabili per affrontare il problema del sovrappopolamento carcerario e perché, quindi, una sua pronuncia additiva sarebbe stata irrispettosa del potere di scelta riservato al legislatore⁴⁸. Va, però, segnalato che con la decisione in esame la Corte ha pure fatto presente che il sovraffollamento è un serio ostacolo ad un'esecuzione della pena conforme a Costituzione⁴⁹ e, in piena sintonia con quanto affermato nella sentenza *Torreggiani*, ha ritenuto doveroso che il legislatore statale intervenga tempestivamente per garantire la fuoriuscita dal circuito penitenziario a tutti i reclusi che siano costretti a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità⁵⁰.

3. Abbiamo visto che il nostro legislatore è stato sollecitato dalla Corte costituzionale ad adeguarsi rapidamente a quanto stabilito dai giudici di Strasburgo nella pronuncia pilota del 2013. È noto, inoltre, che a spingerlo ad agire in tale direzione sia stato anche il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano che, a distanza di dieci mesi dalla sentenza *Torreggiani*, ha inviato un messaggio alle Camere in cui ha ricordato che i poteri dello Stato devono risolvere il problema del sovrappopolamento carcerario entro il termine posto dalla Corte europea⁵¹.

sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale, in *Quad. cost.*, n. 2/2013, 424 ss.

- 48 Davvero numerosi sono i lavori dedicati alla sentenza in esame. In questa sede ci limitiamo a segnalare quelli di A. DE FRANCESCO, *Sovraffollamento carceri: inammissibile la questione di legittimità sul rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*, in *Dir. e giust.*, 2013, 1367 ss.; F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. cost.*, 2013, 4533 ss.; A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giur. cost.*, 2013, 4542 ss.; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 2013, 4549 ss.
- 49 In proposito v., fra gli altri, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 12 e M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 31 ss.
- 50 Sulla sintonia del giudice delle leggi con quanto affermato dalla Corte europea nella sentenza *Torreggiani* si rinvia a 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*, 2013, 1 ss. e a R. Basile, *op. cit.*, 8.
- 51 Su tale messaggio, che è stato inviato alle Camere il 7 ottobre 2013, v., fra i tanti, D. Pulitanò, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*,

Non sorprende, allora, che tra il 2013 e il 2014 siano stati adottati dei provvedimenti legislativi volti a rendere l'ordinamento penitenziario rispettoso di quanto affermato dai giudici di Strasburgo grazie alla previsione di misure dirette a contrastare in modo efficace il fenomeno del sovraffollamento e a quella di disposizioni dedicate al rafforzamento dei diritti dei detenuti costretti a vivere in spazi inadeguati⁵².

Concentrandoci sulle principali misure adottate allo scopo di ridurre la popolazione carceraria, queste sono contenute nel decreto legge n. 146 del 2013, che è stato convertito con modificazioni nella legge n. 10 del 2014⁵³. L'atto normativo in parola ha, infatti, esteso la possibilità di chiedere l'ammissione all'affidamento in prova ai servizi sociali a quanti debbano ancora scontare quattro anni di pena⁵⁴, ha stabilito che i condannati tossicodipendenti o alcoldipendenti possano accedere all'affidamento in prova terapeutico per più di due volte⁵⁵ e ha incentivato l'adozione di misure alternative imponendo l'utilizzo del braccialetto elettronico in caso di arresto o detenzione domiciliari⁵⁶. Il decreto n. 146 ha, inoltre, previsto l'istituto della liberazione anticipata speciale che comporta una detrazione di settantacinque giorni per ogni semestre di pena scontata⁵⁷ e ha reso permanente la misura dell'esecuzione presso il domicilio del condannato delle pene detentive non superiori ai diciotto mesi, che era stata provvisoriamente introdotta nell'ordinamento dalla legge n. 199 del 2010⁵⁸. Bisogna, infine, segnalare che il legislatore del 2013 ha anche tenuto conto della massiccia presenza negli istituti penitenziari di immigrati extraeuropei e di tossicodipendenti coinvolti in attività di spaccio e, sempre in un'ottica di deflazione della popolazione carceraria, ha deciso di estendere l'ambito di applicazione dell'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione⁵⁹ e di individuare nello spaccio

in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2013, 1 ss. Sulla particolare attenzione riservata dal Presidente Napolitano alle condizioni dei detenuti v. A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 12-13.

52 Sui contenuti di questi provvedimenti legislativi v., in generale, F. BIONDI DAL MONTE, *Poteri normativi del Governo e sovraffollamento carcerario*, cit., 11 ss.

53 Al riguardo v., fra gli altri, A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, ma non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2014 1 ss.

54 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 3, comma 1, lett. c).

55 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 2, comma 1, lett. b).

56 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 3, comma 1, lett. h).

57 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 4.

58 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 5.

59 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 6.

di lieve entità un'autonoma figura di reato idonea a provocare un minor ricorso alla pena detentiva⁶⁰.

Non vi è dubbio, allora, che con l'adozione di tutte queste misure lo Stato italiano si è dimostrato attento alle sollecitazioni provenienti dalla Corte europea ed è riuscito a rendere le nostre carceri meno congestionate grazie soprattutto ad un rinvigorimento delle misure alternative alla detenzione⁶¹. Va, però, tenuto presente che il suo attivismo non si è rivelato idoneo a risolvere il problema del sovraffollamento una volta per tutte e ciò è provato dal fatto che la popolazione carceraria è tornata a crescere già a partire dal 2016⁶².

Soffermandoci, ora, sulle disposizioni dedicate al rafforzamento dei diritti dei reclusi che vivono o hanno vissuto in spazi inadeguati, le più importanti sono contenute nel citato decreto legge n. 146 del 2013 e nel decreto legge n. 92 del 2014 che è stato convertito nella legge n. 117 del 2014⁶³.

Il primo di questi atti normativi ha assicurato ai carcerati una più forte tutela stragiudiziale dei loro diritti grazie all'istituzione del Garante nazionale dei detenuti⁶⁴ e ha soprattutto previsto nel nuovo art. 35 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario un reclamo di natura giurisdizionale idoneo a rimediare alla lesione dei diritti fondamentali dei reclusi provocata anche dal sovrappopolamento carcerario⁶⁵. Dal decreto n. 146 si evince, infatti, che tale reclamo può essere inoltrato al magistrato di sorveglianza in tutti i casi in cui vi sia un grave ed attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti dei detenuti⁶⁶ e che, a seguito dell'accertamento giudiziale del danno subito dal reclamante, l'amministrazione deve porvi rimedio, magari trasferendo

60 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 2, comma 1, lett. a).

61 In proposito v. R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani*, cit., 14.

62 Cfr. F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano*, cit., 57-58.

63 Su tali disposizioni v., in generale, S. TALINI, *Dignità, libertà personale e forme di tutela: dalla riforma del '75 alla normativa sull'emergenza sanitaria*, in *Antigone*, n.1/2021, 6 ss.

64 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 7. Sulla figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale v., fra i tanti, L. SCOMPARIN, *Il Garante nazionale*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, 283 ss.

65 Cfr. decreto legge n. 146 del 2013, art. 3, comma 1, lett. b). Sul reclamo giurisdizionale v., fra gli altri, E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario*, cit., 221 ss.

66 Sui problematici requisiti della gravità e dell'attualità del pregiudizio subito v., fra i molti, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 140.

il recluso in un altro istituto⁶⁷. Occorre, poi, ricordare che il legislatore del 2013 ha pure fatto presente che, in caso di inadempienza dell'amministrazione penitenziaria, il reclamante può chiedere l'attivazione di un giudizio di ottemperanza al magistrato che ha emesso il provvedimento rimasto ineseguito⁶⁸.

Il decreto legge n. 92 del 2014 ha ulteriormente rafforzato la tutela dei diritti dei detenuti costretti a vivere in celle sovraffollate, perché ha inserito nella legge sull'ordinamento penitenziario l'art. 35 *ter* e ha così previsto un rimedio di carattere risarcitorio a beneficio dei reclusi che subiscano o abbiano subito un trattamento non rispettoso dell'art. 3 della Cedu⁶⁹. Con l'atto normativo in esame è stato, infatti, attribuito al magistrato di sorveglianza che accerti la violazione del diritto convenzionale denunciata dal detenuto il compito di risarcirgli il danno patito, riducendogli la pena da scontare o liquidandogli una somma di danaro⁷⁰. In particolare, nel decreto n. 92 si è stabilito che se il recluso è stato trattato in modo disumano o degradante per non meno di quindici giorni il magistrato lo risarcisce disponendo una riduzione della pena da espiare pari ad un giorno per ogni dieci in cui ha subito il pregiudizio⁷¹, mentre se il periodo di detenzione contraria all'art. 3 della Cedu è stato inferiore ai quindici giorni o lo sconto da riconoscere è inferiore al residuo di pena il magistrato risarcisce il recluso che ha patito la violazione del diritto convenzionale con una somma di danaro pari ad otto euro per ogni giorno di pregiudizio subito⁷².

Dai decreti in questione emerge, dunque, che l'Italia ha agito in sostanziale conformità a quanto affermato dalla Corte europea e che i detenuti

67 Cfr. R. MONTALDO, *op. cit.*, 13.

68 Su quest'importante previsione v. S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016, 39 ss. e F. URBAN, *op. cit.*, 49.

69 Al riguardo v., fra i tanti, A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014, 1 ss.

70 Cfr. F. FIORENTIN, *Risarcimento per l'inumana detenzione: bilancio a un anno dall'introduzione dei "rimedi compensativi" di matrice europea*, in *Studium Iuris*, 2016, 266 ss.

71 Cfr. decreto legge n. 92 del 2014, art. 1, comma 1.

72 Cfr. decreto legge n. 92 del 2014, art. 1, comma 1. Occorre, poi, ricordare che nel comma successivo ci si è occupati anche di chi sia stato trattato in modo disumano o degradante ma abbia già finito di scontare la pena e di chi abbia subito la medesima sorte durante un periodo di custodia cautelare in carcere (non computabile nella pena da espiare) e si è stabilito che tali soggetti possano ottenere dal tribunale civile un risarcimento in forma monetaria sempre nella misura di otto euro per ogni giorno di violazione patita.

costretti a vivere in spazi inadeguati sono stati tutelati in sede legislativa grazie all'inserimento nell'ordinamento penitenziario di un reclamo di natura giurisdizionale e di un rimedio di carattere risarcitorio⁷³. È innegabile, però, che tali soggetti sarebbero stati protetti in misura maggiore se fosse stato riconosciuto al magistrato destinatario del reclamo giurisdizionale la possibilità di ordinare la scarcerazione del recluso vittima di sovraffollamento o l'applicazione nei suoi confronti di una pena non detentiva⁷⁴ e se fosse stato affidato all'autorità giudiziaria il compito di modulare la somma da risarcire al detenuto in relazione alla specifica violazione subita dallo stesso⁷⁵.

Pur essendo in parte criticabili, i provvedimenti legislativi dedicati alla tutela dei diritti dei reclusi hanno comunque prodotto risultati di un certo rilievo⁷⁶ e sono stati esplicitamente apprezzati dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nell'ambito del controllo sull'esecuzione della sentenza *Torreggiani*⁷⁷. Per queste ragioni si può sostenere che il legislatore non ha operato nel pieno rispetto di quanto affermato dai giudici di Strasburgo solo quando non ha individuato misure idonee a risolvere il problema del sovrappopolamento carcerario in modo definitivo⁷⁸.

Dobbiamo, in ogni caso, ricordare che, dopo la crescita del numero dei ristretti avvenuta nel 2016⁷⁹, diversi esponenti della maggioranza parlamentare hanno preso coscienza del fatto che, per contrastare efficacemente il fenomeno del sovraffollamento, bisognava intraprendere un percorso di riforma dell'esecuzione penale in grado di affrontare le varie criticità del sistema penitenziario⁸⁰. Nel giro di alcuni mesi è stata, così, approvata la

73 In proposito v. F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano*, cit., 48.

74 Così R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani*, cit., 15. In argomento v. anche F. DELLA CASA, *I rimedi preventivi a tutela della dignità del detenuto: parallelismi tra l'evoluzione normativa italiana e quella francese*, in *Sist. pen.*, n. 6/2022, 104.

75 Sul punto v., fra gli altri, S. TALINI, *op. cit.*, 9.

76 Per un diverso orientamento v. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, cit., 1218 ss.

77 Al riguardo v. F. URBAN, *op. cit.*, 56-57.

78 Cfr. J. THADDEU CALIL DE FREITAS, *Il problema del sovraffollamento carcerario in Italia: gli effetti della sentenza Torreggiani nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 10/2015, 131 ss.

79 Cfr. F. URBAN, *op. cit.*, 57-58.

80 In questo contesto si inserisce la scelta del Ministro della Giustizia Orlando di istituire gli Stati generali sull'esecuzione penale, i cui lavori dei relativi tavoli si sono rivelati un'importante punto di partenza nell'elaborazione della riforma dell'ordinamento penitenziario. Sulla scelta del Ministro e sull'attività degli Stati

legge n. 103 del 2017⁸¹ che ha modificato il codice penale e quello di procedura penale e ha previsto al suo interno un'ampia delega per la revisione dell'ordinamento penitenziario⁸².

Con la delega in parola si è inteso rendere l'esecuzione della pena più rispettosa dei principi costituzionali e del diritto convenzionale grazie anche ad una riduzione della popolazione carceraria⁸³ ed è proprio per arginare il fenomeno del sovraffollamento che al legislatore delegato è stato affidato il compito di favorire e facilitare l'accesso alle misure alternative alla detenzione⁸⁴. È sotto gli occhi di tutti, infatti, che nel corso degli anni tali misure si sono rivelate utili ai fini del recupero e del reinserimento dei condannati e hanno pure avuto il merito di evitare la dolorosa esperienza carceraria a persone che avevano commesso reati di limitato allarme sociale⁸⁵.

Va, però, sottolineato che nei decreti legislativi emanati in attuazione della delega il Governo non ha previsto disposizioni dedicate al rafforzamento delle misure alternative⁸⁶ e, agendo in questo modo, si è dimostrato poco interessato al problema del sovrappopolamento carcerario⁸⁷. Non si può, inoltre, dimenticare che tale problema ha continuato a riguardare diversi istituti penitenziari anche dopo l'entrata in vigore dei decreti delegati

generali v., fra gli altri, F. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016, 1 ss. e G. GIOSTRA, *Ragioni e obiettivi di una scelta metodologicamente inedita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2016, 449 ss.

81 Per una sintetica ricostruzione dei contenuti della legge in questione v. A. GALLUCCIO, *Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la riforma Orlando*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, n. 7-8/2017, 200 ss.

82 In proposito v., fra i tanti, P. CORVI, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, 2017, 587 ss. e A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, n. 6/2017, 250 ss.

83 Sul punto v. G. ARDITO, L. BORGA e T. PORTALURI, *Tutti in libertà con la riforma delle carceri?*, in lavoce.info dell'11 maggio 2018.

84 Cfr. legge n. 103 del 2017, art. 1, comma 85, lett. b) e c).

85 Al riguardo v. G. CHIOLA, *Il sistema carcerario italiano*, cit., 195 e A. MELCHIONDA, *Più misure alternative, meno carcere: i dati parlano chiaro*, in Extremaratio-associazione.it dell'11 marzo 2019.

86 In generale, sul fallimento del disegno di riforma prefigurato dal legislatore del 2017 v. G. DARAIO, *Le alternative al carcere tra riforme tradite e svolte annunciate: prime osservazioni sulle novità contenute nella "legge Cartabia" (l. 27 settembre 2021, n. 134)*, in *Arch. Pen.* n. 3/2021, 4 ss.

87 In argomento v., fra i molti, G. CHIOLA, *op. cit.*, 197 e A.M. CAPITTA, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2019, 14 ss.

e che la sua persistenza è stata denunciata pure dal Comitato per la prevenzione della tortura nel suo rapporto pubblicato nel gennaio del 2020⁸⁸.

Il nostro decisore politico si è, tuttavia, seriamente impegnato a contrastare il fenomeno del sovraffollamento quando ha adottato la legge delega n. 134 del 2021 di riforma del processo penale e il conseguente decreto legislativo n. 150 del 2022⁸⁹, perché con tali operazioni ha reso l'ordinamento penitenziario meno 'carcero-centrico' grazie al riordino e alla valorizzazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi⁹⁰. Bisogna, infatti, segnalare che negli atti legislativi in parola si è stabilito che, al pari della pena detentiva, sono pene principali anche le sanzioni sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare, del lavoro di pubblica utilità e della pena pecuniaria⁹¹ e si è precisato che il giudice di cognizione ha la possibilità di sostituire con la semilibertà o la detenzione domiciliare la pena carceraria non superiore ai quattro anni, con il lavoro di pubblica utilità la pena detentiva non eccedente i tre anni e con la pena pecuniaria quella carceraria non superiore ai dodici mesi⁹².

La riforma avviata con la legge n. 134 del 2021 ha, dunque, modificato il regime sanzionatorio dei reati di bassa gravità con un forte potenziamento dell'esecuzione penale esterna al carcere⁹³ e per questo motivo nel prossimo futuro dovremmo assistere ad una considerevole diminuzione della popolazione penitenziaria «che si trova a scontare pene di modesta entità per fatti di limitato allarme sociale»⁹⁴.

È chiaro, allora, che con la riforma in esame nel nostro Paese è stata finalmente adottata una strategia in grado di affrontare in modo adeguato

88 Su tale rapporto v. C. PAGELLA, *Le carceri italiane sotto la lente del Consiglio d'Europa: il report del Cpt sulle visite alle carceri di Biella, Milano Opera, Saluzzo e Viterbo e la replica del Governo italiano*, in *Sist. pen.*, 2020, 1 ss.

89 Sulla riforma del processo penale avviata con la legge n. 134 del 2021 v., fra i tanti, G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 2021, 1 ss. e F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. pen.*, 2021, 1 ss.

90 Al riguardo v., in generale, A. PERROTTA, *Ecco le nuove norme sul carcere contenute nel decreto attuativo della riforma Cartabia*, in *Il Dubbio* del 4 ottobre 2022.

91 Cfr. legge n. 134 del 2021, art. 1, comma 17, lett. a) e lett. b) e decreto legislativo n. 150 del 2022, art. 1, comma 1, lett. a).

92 Cfr. legge n. 134 del 2021, art. 1, comma 17, lett. e), decreto legislativo n. 150 del 2022, art. 1, comma 1, lett. a) e decreto legislativo n. 150 del 2022, art. 71, comma 1, lett. a).

93 Cfr. G. DARAIO, *op. cit.*, 17.

94 In questi termini si è espresso R. DE VITO, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Quest. giust.*, n. 4/2021, 30.

il problema del sovraffollamento carcerario⁹⁵. È altrettanto evidente, però, che per risolvere definitivamente il problema in questione ci sarebbe bisogno di un ulteriore intervento legislativo che garantisca ad ogni detenuto uno spazio personale adeguato⁹⁶ e preveda che in assenza di tale spazio la detenzione e la custodia cautelare in carcere siano sostituite con misure extra-murarie⁹⁷.

95 Sul punto v. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa vitale per le pene sostitutive*, in *Sist. pen.*, 2022, 24-25.

96 Sull'opportunità di un intervento legislativo che assicuri ad ogni detenuto uno spazio personale adeguato v., per tutti, A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, cit., 1210-1211.

97 Cfr. R. MONTALDO, *op. cit.*, 17-18.

FRANCESCA DI LELLA

IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO QUALE PRESIDIO DI TUTELA DELLA SALUTE E DELLA DIGNITÀ DEI DETENUTI

SOMMARIO: 1. I beni giuridici passibili di violazione nel contesto della detenzione in carcere: salute e dignità della persona. 2. La tipizzazione del sovraffollamento carcerario come specifica fattispecie lesiva. La natura ibrida dello strumento risarcitorio introdotto dal d.l. n. 92/2014 e il criterio per la liquidazione del danno. 3. Ulteriori profili civilistici controversi riguardo al rimedio e le ricadute sul piano dell'effettività della tutela.

1. Nel contesto della detenzione carceraria, l'intima connessione tra tutela della salute e rispetto della dignità umana sembra rispecchiarsi più nitidamente che in altri luoghi¹. Il bene salute, inteso nella sua ampia accezione di «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale»², che si pone quale presupposto del godimento dei diritti, e dello svolgimento e della realizzazione della personalità di ciascun individuo³, nel contesto in

-
- 1 La condizione detentiva, pur imponendo dei limiti, non comporta affatto una *capitis deminutio* e non annulla la garanzia dell'inviolabilità dei diritti fondamentali, il cui nucleo minimo non può mai essere intaccato, a salvaguardia della dignità stessa della persona: v. Corte Cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1118 ss.
 - 2 Come è noto, tale formulazione proviene dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, ed è fatta propria dall'ordinamento italiano. Sul punto, v. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, t. I, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, II, Milano, 2011, 584 ss. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, nel *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, I, Milano, 2010, 196, osserva che «liberata dall'involucro della malattia, e ricondotta al benessere della persona, la salute si è progressivamente presentata come il diritto che più caratterizza il rapporto tra libertà e dignità».
 - 3 Vastissima è la letteratura in tema di diritto alla salute, nelle molteplici sue declinazioni, inteso sia quale diritto pretensivo verso lo Stato e i suoi apparati per l'ottenimento di cure e servizi sanitari, sia quale espressione della libertà di autodeterminazione della persona. Cfr., *ex multis*, M.C. CHERUBINI, *Diritto alla salute*, in

esame risulta vieppiù strumentale al recupero e al reinserimento nella società del reo⁴. La privazione e la restrizione della libertà personale hanno un potenziale molto elevato di incisione della sfera corporea e psichica del soggetto, con ricadute significative sulla salute e sulla stessa vita, poiché limitano la componente sociale dell'esistenza in sé, senza considerare gli effetti di eventuali trattamenti inumani o degradanti⁵.

La si voglia declinare come diritto all'integrità psico-fisica o come diritto a un ambiente salubre o, ancora, come diritto a ricevere le prestazioni sanitarie, la salute, nell'ambito del carcere, richiede l'attivazione di presidi e l'individuazione di modalità specifiche per l'esercizio delle prerogative ad essa collegate, sì da non compromettere quel processo di rieducazione del reo, che la Costituzione, all'art. 27, co. 2, assegna al sistema della pena e che inevitabilmente passa dal rispetto della dignità di essere umano del detenuto. La garanzia della sua salute deve essere conciliata con le limitazioni della libertà personale implicate nell'esecuzione di una pena e con le esigenze di tutela della sicurezza, e richiede uno sforzo teso a rendere compatibili concetti che, invero, sono antinomici⁶.

Dig. Disc. priv., Sez. civ., VI, Torino, 1990, 77 ss.; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss.; C.M. D'ARRIGO, *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 712 ss., nonché ID., *Salute (diritto alla)*, ivi, Agg., V, Milano, 2001, 1009 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, cit., 579 ss.; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Salute e Sanità*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, V, Milano, 2010, 3 ss.; A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, cit., 153 ss.; nonché C.E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, *ibidem*, 381 ss.

- 4 Tra i contributi che hanno dedicato specifica attenzione al tema della tutela della salute nel carcere, v. L. CESARIS, *La salute nell'ordinamento penitenziario*, in A. Belvedere, S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, 2011, 1121 ss.; M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano, 2012, 55 ss.; E. DI SOMMA, *Le dinamiche multilivello dell'amministrazione della medicina penitenziaria nei più recenti provvedimenti di riforma*, *ibidem*, 67 ss.; E. DAMOLI, *La problematica gestione della salute del detenuto*, *ibidem*, 77 ss.; L. MELILLO, *La salute delle persone "ristrette"*, *ibidem*, 87 ss.; P. CORVI, *La tutela del diritto alla salute in carcere: un problema aperto*, in *Riv. it. med. legale*, 2021, 925 ss.; M. MENGOZZI, *Stato di detenzione e libertà di cura*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 4, 47 ss.
- 5 Cfr. ZAGREBELSKY, *Biodiritto e detenzione. Orientamenti della Corte europea dei diritti umani sui diritti dei detenuti*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 4, 23 ss.
- 6 Sul punto, v. M. MENGOZZI, *Stato di detenzione e libertà di cura*, cit., 48, che evidenzia quanto la detenzione, sebbene nasca come pena alternativa a quelle

Peraltro, in siffatto contesto, più che mai paiono saldarsi gli aspetti connessi all'ampia dimensione del diritto alla salute, come delineata dall'art. 32 Cost., quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. La salute del singolo, difatti, può avere ripercussioni sull'intera popolazione carceraria, comprensiva non solo dei detenuti, ma anche di tutti coloro che operano all'interno di un istituto di pena, poiché gli spazi ristretti e la coabitazione forzata agevolano la diffusione di malattie infettive. Emblematica, in tal senso, è la recente esperienza della pandemia, che ha fatto riemergere l'antica questione del sovraffollamento, inducendo l'implosione di una situazione già critica, che è stata fronteggiata con una legislazione emergenziale non sempre adeguata e coerente con l'obiettivo di tutelare la salute dei detenuti⁷. Si può affermare che proprio la diffusione del Covid-19 all'interno delle carceri abbia fatto da detonatore dell'ambiente invivibile di alcune di esse: un ambiente già di per sé patogeno, che ha facilitato l'attecchimento del virus su un gruppo di persone vulnerabili, il cui livello di salute è mediamente inferiore a quello generale, costrette a vivere in spazi angusti, promiscui, scarsamente areati, nei quali è difficile pure l'osservanza delle più elementari regole di igiene, che mal si prestavano ad attuare quel «distanziamento sociale» e l'adozione delle altre cautele (ad esempio, operazioni di sanificazione dei locali), richiesti dalle circostanze⁸.

corporali, finisca poi per incidere proprio sulla dimensione fisica e psichica del detenuto, ponendosi quale causa efficiente di patologie, sofferenze e alterazioni. D'altra parte, la salute, quale diritto fondamentale della persona, non tollera alcuna compressione in ragione dello stato di privazione della libertà personale, e anzi la sua tutela va parametrata al maggior rischio che la condizione detentiva comporta per l'integrità dell'individuo: v. P. CORVI, *La tutela del diritto alla salute in carcere: un problema aperto*, cit., 926.

7 In argomento, v. G. DARAIO, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 933 ss.; A. MENGHINI, *Il carcere al tempo del coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della magistratura di sorveglianza e repliche "garantiste" del governo*, in *Riv. it. med. legale*, 2020, 823 ss.; V. POLIMENI, *Il diritto alla salute dei detenuti ai tempi del Covid-19: strumenti di tutela e possibili profili di violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Riv. it. med. legale*, 2020, 849 ss.; P. CORVI, *La tutela del diritto alla salute in carcere: un problema aperto*, cit., 928 ss.; E. DOLCINI, *Carcere e Covid-19: una cronistoria dal 'decreto cura Italia' al 'decreto ristori'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 3 ss.; A. TORRI, *Pandemia e carcere. Una breve analisi*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 475 ss.

8 Cfr. G. D'ANGIOLELLA, P. TOZZO, L. CANEAZZO, *Pandemia da Covid-19 e carcere: profili etici*, in *Riv. it. med. legale*, 2020, 863 ss.; P. FEDELI, L. CARACENI, N. CANNANO, M. CINGOLANI, *L'epidemia da Covid-19 nelle carceri*, ivi, 837 ss.

Nondimeno, una detenzione carceraria in condizioni insostenibili, dal punto di vista non solo igienico-sanitario ma anche psicologico⁹, che già sviscerano la persona e la privano di prospettive e di motivazioni, può essere causa di comportamenti che alterano in senso negativo gli equilibri della comunità¹⁰.

Dello stretto nesso sussistente tra salute e dignità umana, del resto, era ben consapevole il legislatore del lontano 1975, quando – con un cambio di rotta rispetto alla normativa previgente – ha emanato la disciplina dell'ordinamento penitenziario¹¹, che mirava ad attuare i principi costituzionali secondo i quali le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Traccia dell'attenzione riservata ai beni della dignità e della salute del detenuto è riscontrabile sin nelle prime norme del provvedimento, laddove viene affermato che il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona; che deve essere improntato a criteri di imparzialità e di non discriminazione sulla base delle condizioni personali, e che deve essere finalizzato al reinserimento sociale del reo, al quale vanno garantiti tutti i diritti fondamentali e nei cui confronti è vietata qualsiasi forma di violenza¹². Fanno séguito altre disposizioni specificative del disegno del legislatore, con le quali si punta a garantire la salubrità degli ambienti ove sono collocati i detenuti e si di-

9 L'afflittività della vita carceraria rappresenta un terreno fertile per l'insorgenza di disturbi psichici, primi fra tutti quelli nevrotici e di adattamento: così G. D'ANGIOLELLA, P. TOZZO, L. CANEAZZO, *op. cit.*, 865. Del resto, la carcerazione implica stigma sociale, stress, noia, isolamento, privazione dell'identità, negazione della sessualità e dell'intimità, che pongono il «ristretto» in una condizione di totale soggezione rispetto all'istituzione: in tal senso, v. M. MENGOZZI, *Stato di detenzione e libertà di cura*, cit., 48 ss.

10 Anche a tal proposito giova ricordare come il sovraffollamento e i provvedimenti di chiusura dettati dall'emergenza pandemica al fine di evitare il dilagare del contagio, attraverso la drastica limitazione dei rapporti con l'esterno e con i familiari, abbiano inciso pure la condizione psicologica dei detenuti, sfociando in gravi episodi di violenza, riportati dalle cronache. Peraltro, ai provvedimenti di chiusura, attuati soprattutto in una prima fase, ne sono succeduti altri, rivolti, invece, a svuotare le carceri, mediante il ricorso a misure alternative alla detenzione, in una alternanza delle decisioni basata sull'andamento delle curve epidemiologiche, che ha contribuito ulteriormente a destabilizzare il sistema. Cfr. *amplius* su questi aspetti gli Autori citati in nota 7.

11 Legge 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, in più punti riformata nel corso degli anni.

12 V. art. 1 ord. penit.

sciplinano le modalità di svolgimento della loro vita carceraria¹³, al fine di attuare una sorta di tutela preventiva della salute, creando condizioni che siano, al contempo, rispettose della dignità della persona¹⁴.

È stato, così, inserito il «principio della umanizzazione della pena» nel tessuto penitenziario, con l'intento di rendere il carcere il luogo della risocializzazione e dell'espansione della personalità dei detenuti, in vista del loro reinserimento nella società. Principio, questo, assai spesso disatteso nella realtà¹⁵, a causa del concorrere di una molteplicità di fattori, tra i quali il sovraffollamento, che rappresenta uno dei principali problemi sistemici da cui è afflitta l'odierna organizzazione degli istituti di pena¹⁶.

2. Risulta profondamente radicata l'idea secondo la quale il sovraffollamento carcerario integra gli estremi di un trattamento disumano e degradante¹⁷, foriero talvolta di esiti tragici¹⁸. L'ampiezza, il decoro e l'igiene degli spazi di vita e di lavoro dei detenuti sono il presupposto per la conser-

13 Si pensi alle norme riguardanti le caratteristiche degli edifici penitenziari e dei locali di soggiorno e di pernottamento (artt. 5 e 6); a quelle inerenti al vestiario e al corredo da fornire a ciascun detenuto (art. 7), e all'igiene personale (art. 8); ai dettami riguardanti l'alimentazione e le modalità di somministrazione del vitto (art. 9), nonché la permanenza all'aria aperta (art. 10); a tutte le previsioni riguardanti il diritto alla salute e la fruizione dei servizi sanitari (art. 11).

14 L. CESARIS, *La salute nell'ordinamento penitenziario*, cit., 1124 ss.

15 Cfr. M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, cit., 55 ss., che mette in evidenza lo iato tra i principi che governano la disciplina sull'esecuzione della pena e l'effettività della condizione detentiva. Per un quadro più ampio e per le azioni concrete da perseguire, v. ID., *Il sistema penitenziario e le esigenze della sua innovazione*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 4, 31 ss.

16 Sulle tante ragioni della crescita esponenziale del tasso di sovraffollamento delle carceri, cioè del rapporto tra posti disponibili negli istituti penitenziari e numero dei detenuti, che relega l'Italia agli ultimi posti in Europa, v. M. LOMBARDO, *Rimedi contro il sovraffollamento carcerario*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, IX, Torino, 2016, 663 ss. Per i numeri attuali delle presenze, v. il *XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, redatto dall'Associazione Antigone, che fotografa la situazione al 2022.

17 In argomento, M. REBECCA, *Tortura e trattamenti crudeli, degradanti e disumani*, in A. Belvedere, S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, cit., 1275 ss. Siffatte condotte, poiché violano il nucleo fondamentale dei diritti della persona, tutelato in quanto diretta espressione della dignità umana, contrastano palesemente con l'assiologia della Costituzione.

18 Basti pensare ai tanti casi di suicidi in carcere, ai tentativi in tal senso, agli episodi di autolesionismo compiuti dai detenuti.

vazione dello stato di salute, fisica e psichica, e di un regime che possa definirsi rispettoso della dignità umana, senza i quali nessun processo riabilitativo potrebbe produrre gli effetti sperati. Lo ha ripetuto, in più occasioni, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, fino a che – con la storica sentenza sul caso Torreggiani¹⁹ –, nel prendere atto della strutturale mancanza di spazio nella detenzione carceraria italiana, dovuta a un cronico malfunzionamento del sistema, ha esortato l'Italia a dotarsi di rimedi, preventivi e compensativi, idonei a garantire l'effettività della tutela dei detenuti per i danni patiti a causa delle condizioni detentive. In ottemperanza alla statuizione, il legislatore, con il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 117, ha introdotto nell'ordinamento penitenziario l'art. 35-ter, rubricato «Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati»²⁰.

19 Corte EDU, 8 gennaio 2013, causa n. 43517/09 Torreggiani e altri c. Italia, in *Giur. it.*, 2013, 1187 ss., con nota di F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, alla quale si rinvia anche per i richiami ai precedenti sul tema. Il ricorso era stato proposto da un gruppo di detenuti costretti a vivere in celle aventi uno spazio vitale non superiore a tre mq. per persona, spesso senza disporre di acqua calda e di illuminazione e riscaldamento adeguati. Il giudice dell'esecuzione adito li aveva dichiarati vittime di trattamenti inumani e degradanti, e aveva rinviato gli atti al Ministero, che era rimasto sostanzialmente inerte. I ricorrenti si erano rivolti, quindi, alla Corte europea, lamentando una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, di cui all'art. 3 CEDU. La Corte aveva accolto il ricorso, rilevando che, sebbene non fosse intesa a umiliare i ricorrenti, la condotta delle autorità aveva sottoposto questi ultimi a durezza eccedenti l'inevitabile sofferenza connessa alla detenzione. Aveva invitato, pertanto, lo Stato italiano ad assumere ogni misura idonea a porre fine alle violazioni e ad assicurare ai ricorrenti un rimedio effettivo, inclusa la predisposizione di celle adeguate e di forme di ristoro per le violazioni subite. Inoltre, considerato il livello di diffusione del problema del sovraffollamento delle carceri, aveva condannato l'Italia a risarcire il danno morale ai ricorrenti e ad adottare, entro un anno, misure di carattere strutturale, volte a porre termine alle violazioni in corso, a prevenirne nuove e a risarcire le vittime. V., in argomento, F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2013, 1 ss.; M.F. CORTESI, *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 72 ss.

20 Per un quadro di insieme dell'istituto nonché della situazione precedente alla sua introduzione, v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014, 1 ss.; F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014, 1 ss.; Id., *Risarcimento per*

Il rimedio, insieme all'art. 35-*bis* ord. penit. introdotto poco tempo prima²¹, completa il percorso di adeguamento imposto dalla Corte europea e si articola in una duplice possibilità per il detenuto di ottenere il ristoro dei danni patiti. Difatti, ai sensi dei primi due commi dell'art. 35-*ter* ord. penit., i detenuti e gli internati che stiano subendo un pregiudizio grave e attuale ai propri diritti, come conseguenza delle condizioni detentive in cui vivono, possono rivolgersi al Magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere una riparazione 'in forma specifica', consistente in uno sconto sulla pena ancora da espiare, pari a un giorno ogni dieci giorni di pregiudizio subito; qualora il pregiudizio sia stato inferiore a quindici giorni o se lo sconto sia maggiore del residuo di pena, possono ottenere un ristoro pecuniario, consistente in un risarcimento in misura pari a euro 8,00 per ogni giorno di pregiudizio. Ai sensi del terzo comma dell'art. 35-*ter* ord. penit., i detenuti che abbiano finito di scontare la pena o abbiano subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare possono rivolgersi al Tribunale civile, entro sei mesi dalla cessazione della detenzione, per ottenere un risarcimento in forma monetaria, sempre nella misura di euro 8 per ogni giorno di pregiudizio patito.

Non è questa la sede per soffermarsi nel dettaglio su tutti gli aspetti tecnici e procedurali della norma in esame²², se non per notare il chiaro intento

l'inumana detenzione: bilancio a un anno dall'introduzione dei "rimedi compensativi" di matrice europea, in *Studium Iuris*, 2016, 266 ss.; M. LOMBARDO, *Rimedi contro il sovraffollamento carcerario*, cit., 663 ss. Per uno sguardo in prospettiva comparata, v. Aa.Vv., *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, a cura di A. Bernardi, M. Venturoli, Napoli, 2018.

21 D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. L'art. 35-*bis* ord. penit. disciplina il «reclamo giurisdizionale», rimedio di natura preventiva, volto a ottenere la immediata cessazione di una condotta lesiva e la sua reiterazione. Rileva F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, cit., 3, che i due rimedi (di cui agli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit.), secondo una parte della dottrina, benché formalmente distinti, sarebbero «due facce della stessa medaglia», perché destinati a operare sinergicamente verso la medesima finalità della integrale riparazione del danno da detenzione in condizioni inumane e degradanti; mentre, per altra opinione, il loro sdoppiamento sul piano cronologico varrebbe a sancire l'autonomia dei due istituti. Non vi è dubbio, in ogni caso, che la loro combinazione attui i dettami della Corte EDU, perché consente di sottrarre con rapidità il detenuto da una situazione che genera la violazione del suo fondamentale diritto a non subire trattamenti inumani e di attribuire un ristoro a chi tale violazione abbia già subito: sul punto, v. A. DELLA BELLA, *op. loc. ult. cit.*

22 Sono molteplici i dubbi interpretativi insorti, molti dei quali non del tutto fugati, attinenti ai presupposti per l'attivazione del rimedio, alla disciplina transitoria, a profili di diritto intertemporale, alla distribuzione degli oneri probatori e al conte-

del legislatore di imprimere celerità ed effettività al rimedio congegnato. In questa chiave va letta la disposizione secondo la quale l'azione volta ad ottenere la riparazione, in forma specifica o per equivalente, in tutte le ipotesi contemplate, può essere intrapresa direttamente dall'interessato, senza la necessità dell'assistenza legale. Anche la distribuzione delle competenze tra il Magistrato di sorveglianza e il Tribunale civile risponde alla predetta logica. La scelta a favore del primo, oltre che per la maggiore celerità del procedimento, che consente di evitare le lungaggini del giudizio civile qualora vi siano somme da liquidare, si spiega anche perché il Magistrato di sorveglianza è l'organo giurisdizionale che ha attribuzioni specifiche in tema di esecuzione penale²³ ed è più adatto per la sua vicinanza al contesto da cui derivano le violazioni, che devono comunque essere oggetto di accertamento. Diversamente, quando il rimedio è azionato al di fuori di quel contesto ed è volto ad ottenere il solo risarcimento pecuniario, torna a vivere la naturale competenza del giudice civile, seppure il procedimento si svolga nelle forme più snelle di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.

Va osservato che, se è vero che alcuni interpreti hanno sostenuto che l'art. 35-ter ord. penit. non ha introdotto nell'ordinamento un nuovo illecito civile²⁴, poiché già prima la lesione in esame costituiva un danno ingiusto risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.²⁵, è altrettanto vero, però, che la figura assume ora una configurazione dai contorni più nitidi, in quanto l'evento lesivo si identifica nella specifica violazione del diritto a una detenzione rispettosa della dignità umana: diritto soggettivo, quest'ultimo,²⁶ ricavabile dall'art. 3 della Cedu, dall'art. 4 della Carta dei diritti fonamen-

nuto degli stessi, ai mezzi istruttori esperibili nel giudizio. Su questi profili, v. F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, cit., 3 ss.; per quelli di maggiore interesse civilistico, v. A. GIORDANO, *Il diritto alla prova nelle controverse per il risarcimento dei danni da trattamento penitenziario degradante*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1024 ss.

23 Cfr. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014*, cit., 2, che fa osservare che si tratta del giudice naturale dei diritti dei detenuti, con le competenze necessarie al computo degli sconti di pena integranti il risarcimento in forma specifica del danno previsto dalla norma.

24 A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 2.

25 In tal senso, Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2013, n. 4772, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1063 ss.; Trib. Roma, 30 maggio 2015, in *DeJure.it*.

26 Sulla ricostruzione di tale situazione giuridica soggettiva, grazie anche all'apporto decisivo della giurisprudenza della Corte EDU, v. S. CIUFFOLETTI, R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da inumana detenzione*, in *Quest. Giust. on-line*, 1° luglio 2015, 1 ss.

tali UE²⁷ e da tutte le norme dell'ordinamento penitenziario rivolte a darne concreta attuazione, che impongono specifici obblighi in tal senso a carico dell'amministrazione penitenziaria²⁸.

Si può, allora, affermare che alla ben circoscritta perimetrazione della fattispecie lesiva, nel senso della sua tipizzazione, ove stretta è la causalità tra sovraffollamento e danno²⁹, corrisponda – sul piano della tutela – una disciplina speciale, dai tratti ibridi, ritagliata sul tipo enucleato dal legislatore, che offre un rimedio compensativo specifico, caratterizzato da alcune vistose deviazioni dall'ordinaria disciplina civilistica in materia di risarcimento dei danni.

È evidente che, nelle intenzioni del legislatore, la forma principale di ristoro è la riduzione della durata della pena, con la quale si tenta di risarcire, attraverso la modalità in forma specifica, il danno derivante dalle sofferen-

27 L'art. 4 Carta UE, rubricato «Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti», ha tenore identico a quello dell'art. 3 Cedu.

28 V., in part., gli artt. 5 e 6 ord. penit., che predeterminano i canoni ai quali vanno conformati gli edifici penitenziari e i locali di soggiorno e di pernottamento dei detenuti, anche in punto di areazione, illuminazione, riscaldamento, allocazione dei servizi igienici etc.

29 Alla delimitazione della fattispecie ha fornito un contributo importante tanto la giurisprudenza europea, quanto quella nazionale, attraverso la individuazione di una serie di parametri e di indici presuntivi, per mezzo dei quali procedere all'accertamento dell'evento lesivo e dei conseguenti pregiudizi. In questa sede, può solo ricordarsi che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, il sovraffollamento genera un'automatica violazione dell'art. 3 Cedu allorché il detenuto disponga di uno spazio individuale inferiore a 3 mq. (c.d. spazio minimo vitale); mentre, qualora questo oscilli tra i 3 e i 4 mq., la violazione è perpetrata se concorrono altri fattori che influiscono negativamente sulla qualità della vita. Viceversa, se lo spazio è inferiore alla soglia vitale, possono tuttavia essere presi in considerazione altri fattori compensativi, capaci di riequilibrare il rapporto sovraffollamento/danno. V., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, (s.m.), in *Cass. pen.*, 2017, 2875 ss., con nota di A. ALBANO, F. PICOZZI, *La cassazione alle prese con la giurisprudenza Cedu sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza "Mursic"*; Corte EDU, 20 ottobre 2016, c. 7334, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 122 ss., con nota di A. MENGhini, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*; Corte EDU, 24 novembre 2020, c. 31623, in *Cass. pen.*, 2021, 1089 ss.; Cass. pen., Sez. un., 19 febbraio 2021, n. 6551, in *Dir. pen. e proc.*, con nota di A. MENGhini, *Le Sezioni unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, e in *Arch. pen.*, 2021, 1, 1 ss., con nota di M. BASTIANELLO, *La trappola dei "fattori compensativi" nel calcolo della superficie minima di detenzione: nota ad una recente sentenza delle Sezioni unite*; Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2022, n. 13360, in *DeJure.it*; Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2022, n. 12774, in *DeJure.it*.

ze legate alla condizione detentiva³⁰; a questo intento si collega la possibilità di realizzare anche un indiretto effetto deflattivo, che viene perseguito unitamente alla ricerca di forme e modi di detenzione alternativi al carcere.

Non può sfuggire che anche il risarcimento del danno per equivalente, da effettuare secondo gli automatismi previsti dalla norma (euro 8,00 per ogni giorno di pregiudizio), oltre a sembrare esiguo, se non irrisorio, rispetto al rango dei diritti violati, si sottragga ai principi della integralità e della personalizzazione, che governano, invece, la tradizionale operazione giudiziale di liquidazione dei danni³¹. Di guisa che appare legittimo il dubbio relativo al se sia possibile dare ingresso alla prova di un danno maggiore, che consenta al giudice di quantificare una somma che esorbi da quella risultante dal calcolo aritmetico previsto dalla norma³²; sì che tale ultimo importo possa essere considerato – sempre che siano accertati gli effettivi pregiudizi – quale base minimale per il computo del ristoro pecuniario. Invero, va notato che il tenore letterale della norma sembra non consentire una operazione del genere³³.

E allora, nel caso di danni ulteriori eziologicamente connessi alla detenzione in condizioni disumane (pensiamo all'insorgenza o all'aggravarsi di una patologia), non resterebbe altra strada che quella dell'ordinario giudizio a cognizione piena dinanzi al giudice civile, con una evidente dispersione di effettività sul piano processuale. Ciò costituisce senza dubbio un *vulnus* all'incisività della tutela, poiché costringerebbe il detenuto ad azionare rimedi distinti, con forme e procedure diverse, per danni che scaturiscono dal medesimo evento lesivo³⁴.

30 In tal senso, v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014*, cit., 4.

31 Sul punto, v. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 6; F. FIORENTIN, *Risarcimento per l'inumana detenzione: bilancio a un anno dall'introduzione dei "rimedi compensativi" di matrice europea*, cit., 271 ss.; R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter.3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *Quest. Giust. on-line*, 11 marzo 2015, 1 ss.; S. CIUFFOLETTI, R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da inumana detenzione*, cit., 5 ss.

32 La disposizione ha indotto alcuni interpreti a dubitare della sua legittimità costituzionale. V. F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, cit., 15.

33 Cfr. F. FIORENTIN, *Risarcimento per l'inumana detenzione: bilancio a un anno dall'introduzione dei "rimedi compensativi" di matrice europea*, cit., 272, che ritiene esclusa in radice la possibilità per il giudice di modulare il risarcimento sulla base delle caratteristiche del caso concreto, tenendo conto di variabili, quali l'età, la condizione fisica, il sesso del detenuto etc., e del livello di gravità delle violazioni perpetrate.

34 È pur vero che in questo caso potrebbe operare la connessione tra le due cause, ai sensi dell'art. 40 c.p.c., che, però, non varrebbe ad eliminare l'inevitabile aggravio

3. In questa sede è possibile fare solo un cenno, data la complessità delle questioni, agli altri profili civilistici controversi implicati nel tema, e ai riflessi che le soluzioni proposte per fugare i dubbi interpretativi possono avere sul piano della effettività della tutela.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria per i danni derivanti dal sovraffollamento carcerario, oscillando tra il suo inquadramento nella responsabilità extracontrattuale e in quella contrattuale; quanto a quest'ultima, rifacendosi allo schema del «contatto sociale»³⁵. È noto che assoggettare la responsabilità in esame all'uno o all'altro regime ha conseguenze rilevanti, in ordine al termine di prescrizione dell'azione per far valere i danni e al contenuto e alla distribuzione degli oneri probatori.

In sintesi, secondo un orientamento, la norma di riferimento dovrebbe essere l'art. 2043 c.c., in quanto tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria non è configurabile alcun rapporto obbligatorio, come, del resto, generalmente accade nei rapporti in cui la Pubblica amministrazione agisce in veste di autorità nei confronti dei cittadini. Le disposizioni della legge e del regolamento penitenziario di attuazione avrebbero la funzione di parametro di valutazione della ricorrenza di una colpa specifica, idonea a integrare l'elemento soggettivo dell'illecito extracontrattuale³⁶.

Per altro orientamento, invece, sussisterebbe una serie di indici normativi (rinvenuti, per l'appunto, tra le disposizioni dell'ordinamento penitenziario), che impongono specifici obblighi positivi in capo all'amministrazione allorquando entra in «contatto»³⁷ con persone detenute. Sì che, nella

processuale e l'inefficienza della tutela, in termini di risposta adeguata e tempestiva alla violazione di diritti fondamentali della persona.

35 V., per tutti, P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1759 ss.

36 In tal senso, in giurisprudenza v. Trib. Torino, 6 maggio 2015, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2015; Trib. Roma, 30 maggio 2015, cit.; Trib. Catania, 15 giugno 2015, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2015; isolata è rimasta Trib. Palermo, 25 marzo 2015, in *Quest. Giust. on-line*, 1° luglio 2015, che, pur muovendosi in area extracontrattuale, ha ricondotto la responsabilità in esame all'art. 2051 c.c., disciplinante i danni cagionati da cose in custodia. In dottrina, v. F. TRUBIANI, *Profili di diritto intertemporale del danno da detenzione "in stato di degrado"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 194; C.M. MASIERI, *Il difficile equilibrio in materia di rimedi "interni" per le violazioni dell'art. 3 Conv. eur. dir. uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1454 ss.

37 In generale, inquadra nella responsabilità da rapporto, quindi da contatto sociale qualificato, quella relativa ai danni che un cittadino subisce a causa di un atto amministrativo illegittimo C. CASTRONOVO, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 637 ss.

relazione che si instaura tra le suddette parti, alle obbligazioni dell'una corrisponde un diritto di credito dell'altra, *sub specie* di diritto a ricevere un trattamento umano e non degradante e lesivo della dignità³⁸. Invero, secondo questa tesi, il richiamo all'illecito aquiliano è improprio, perché il rapporto tra l'amministrazione penitenziaria e il detenuto, soggetto vulnerabile in quanto sottoposto al potere dello Stato, non presenta quel carattere di estraneità tra danneggiante e danneggiato, che caratterizza la responsabilità extracontrattuale; inoltre, tale ricostruzione sembra ai suoi sostenitori più coerente con gli orientamenti e gli obiettivi della Corte EDU e, soprattutto, con il tipo di tutela che essa esige per siffatte lesioni³⁹.

Altra questione, connessa alla precedente, riguarda la natura del risarcimento pecuniario previsto dall'art. 35-ter ord. penit.: essa è stata oggetto di opinioni discordanti, perché si è discusso se, in realtà, più che di un «risarcimento» (come enuncia la lettera della norma), si fosse in presenza di un «indennizzo». Il dubbio interpretativo, in particolare, è stato sollevato con riferimento all'ipotesi contemplata dal comma 3 dell'art. 35-ter ord. penit., che disciplina il ristoro pecuniario per coloro per i quali sia cessato lo stato di detenzione. La disposizione prevede un termine di decadenza di sei mesi per la proposizione della domanda giudiziale, ma tace sul termine di prescrizione dell'azione e sul *dies a quo* di maturazione del diritto in capo al detenuto.

Circa, dunque, la qualificazione del rimedio, al fine di individuare la disciplina applicabile, la Cassazione ha rimesso la questione⁴⁰ alle Sezioni unite, le quali hanno concluso per la natura indennitaria del ristoro economico⁴¹, peraltro suffragando un orientamento già seguito dalla giurisprudenza di legittimità penale, che ha ritenuto di natura indennitaria anche la riduzione della pena.

Nell'interpretare l'art. 35-ter ord. penit., la Corte ha affermato che l'indicazione di una misura legale fissa per la riparazione per equivalente testimonia che il legislatore si è mosso in una logica di forfettizzazione della

38 V. Trib. Palermo, 1° giugno 2015, in *DeJure.it*; Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *DeJure.it*; Trib. Cagliari, 20 dicembre 2017, in *personaedanno.it*, 26 gennaio 2018.

39 Cfr. R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter.3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, cit., 4 ss.; S. CIUFFOLETTI, R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da inumana detenzione*, cit., 6 ss.

40 Cass., ord. 28 settembre 2017, n. 22764, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 186 ss., con nota di F. TRUBIANI, *Profili di diritto intertemporale del danno da detenzione "in stato di degrado"*, cit.

41 Cass., Sez. un., 8 maggio 2018, n. 11018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1457 ss., e *ivi*, 1449 ss., nota di C.M. MASIERI, *Il difficile equilibrio in materia di rimedi "interni" per le violazioni dell'art. 3 Conv. eur. dir. uomo*.

liquidazione, che considera solo l'estensione temporale del pregiudizio, senza nessuna variazione in ragione della sua intensità e senza alcuna considerazione delle eventuali peculiarità del caso. Manca, prosegue la Corte, il rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica, che caratterizza il risarcimento, e mancano ogni considerazione e valutazione del profilo soggettivo. Al fine di contenere i costi, semplificare il meccanismo di calcolo e ridurre le variabili applicative, il legislatore avrebbe scelto la via dell'indennizzo, cioè di un compenso di entità contenuta e di meccanica e uniforme quantificazione. Dalla natura di mero indennizzo e dal ritenere la responsabilità dell'amministrazione penitenziaria radicata nella violazione di obblighi su di essa gravanti *ex lege* (con ciò avallando implicitamente la tesi di una responsabilità di tipo contrattuale), le Sezioni unite fanno discendere l'applicabilità della regola generale della prescrizione decennale⁴².

L'interpretazione autorevolmente operata, nel caso preso in esame del ristoro pecuniario per coloro per i quali sia già cessato lo stato di detenzione, finisce così per estendere la tutela del soggetto ristretto in condizioni disumane a più lunghi periodi pregressi, essendo la pretesa azionabile – purché sia stato rispettato il termine di decadenza – per le eventuali violazioni subite nei dieci anni precedenti.

Meno convincente, sotto il profilo teorico, è la ricostruzione del ristoro economico in termini di indennizzo e non di risarcimento, sebbene il confine tra le due figure sia da tempo assai discusso in dottrina⁴³. Come è noto, l'indennizzo, di regola, è previsto quale compensazione a fronte di una condotta lecita altrui, che il titolare di un diritto deve subire, anche se in contrasto con il proprio interesse, in ragione della prevalenza accordata a un altro interesse. In tali termini non sembra che possa essere rappresentata la condotta dell'amministrazione penitenziaria, che – nella doverosa esecuzione della pena che consegue alla commissione di un reato, legittimamente irrogata dallo Stato in funzione repressiva e punitiva – detenga il reo in condizioni lesive della sua salute e dignità umana.

42 Cass., Sez. un., 8 maggio 2018, *op. loc. ult. cit.* È opinione diffusa quella secondo la quale dalla qualificazione in termini di indennizzo discende l'applicazione del termine ordinario di prescrizione, sì che la decisione delle Sezioni unite, a parere di C.M. MASIERI, *op. cit.*, 1455, appare influenzata dal problema pratico, sorto anche in altri contesti, di optare per il regime più favorevole al danneggiato.

43 Per una sintesi dei termini del dibattito, si rinvia a F. TRUBIANI, *op. cit.*, 193, ed *ivi* richiami bibliografici.

ANDREINA ALFIERI, FERDINANDO IVANO AMBRA, FILOMENA
MAZZEO, MARIA LUISA IAVARONE, PASQUALINA BUONO

**SALUTE ED ATTIVITÀ FISICA
NELLE CARCERI ITALIANE
DURANTE L'EMERGENZA COVID-19**

**«Le voci di dentro» Una indagine multidisciplinare tra
Fattori di rischio e fattori di protezione per il benessere
e la salute in contesti di Esecuzione Penale**

SOMMARIO: 1. Salute ed attività fisica nelle carceri italiane durante l'emergenza COVID-19. 2. La specificità degli Istituti Penitenziari Minorili. 3. Il post COVID negli Istituti di Pena Minorili. Riflessioni dall'Indagine «Le voci di Dentro». 4. Conclusioni: Quale forma di benessere perseguibile negli IPM?

1. L'epidemia di COVID-19 è stata evidenziata per la prima volta in Cina nel dicembre 2019 e si è rapidamente diffusa in tutto il mondo tanto che il 12 marzo 2020 fu dichiarato lo stato di pandemia¹. Il virus responsabile della malattia, il SARS-COV2, è un virus respiratorio che si diffonde principalmente attraverso il contatto stretto con una persona infetta. Per prevenire e limitare la diffusione del virus, il Ministero della Salute e tutti i dipartimenti di sorveglianza sanitaria nazionale hanno adottato politiche di *lockdown*, che includevano il distanziamento sociale, il lavaggio frequente delle mani, l'uso di mascherine, le restrizioni agli spostamenti. Non era inoltre consentito svolgere attività fisica e ricreativa, nemmeno all'aperto². Il confinamento in casa ha avuto un impatto negativo sulla salute di tutti, indipendentemente dall'età, dal sesso e dall'etnia, imponendo un cambiamento sostanziale nello stile di vita, favorendo la sedentarietà e l'aumento di peso e predisponendo all'insorgenza di malattie dismetaboliche e alle concause di malattie cardiovascolari. Si è verificata quindi, soprattutto nella prima fase dell'epidemia (febbraio 2020-dicembre 2020), una riduzione notevole dei livelli di at-

1 WHO, *Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic 2020*, Geneva, 2020.

2 F. MAZZEO, *Sport, physical activity and education in response to covid-19 in* *Giornale Italiano di Educazione alla Salute, Sport e Didattica Inclusiva*, 2020.

tività fisica con un peggioramento del benessere psico-fisico e dello stato di salute in tutti gli individui, compresi i bambini³.

Questa situazione ha avuto ripercussioni ancora più drammatiche tra coloro che vivono in comunità maggiormente a rischio, quali i detenuti. Infatti, le strutture penitenziarie sono estremamente suscettibili ad una diffusione rapida di malattie contagiose come quella del COVID-19, così come documentato dalla diffusione di numerose altre malattie infettive come influenza, tubercolosi ed altri agenti patogeni respiratori⁴.

La causa è da attribuirsi ad almeno tre importanti fattori: – lo stretto contatto in strutture quasi sempre sovraffollate, con celle e spazi comuni i cui ambienti sono scarsamente ventilati e con condizioni igieniche precarie; – il problematico e difficile accesso al servizio sanitario; – il rischio di diffusione veloce degli agenti patogeni tra visitatori e detenuti e l'elevato turnover dei detenuti⁵.

L'Italia è il terzo Paese in Europa per densità carceraria con un tasso di occupazione degli spazi di circa il 110% su 56.127 soggetti detenuti al 31/01/2023⁹. La totale mancanza di *privacy* e di spazi adeguati per lo svolgimento delle normali attività quotidiane sono fattori che influenzano negativamente la condizione sia fisica che mentale dei detenuti, contribuendo al rapido peggioramento delle loro condizioni psico-fisiche fin dai primi mesi di reclusione. Si assiste, infatti, ad una maggiore incidenza di numerose patologie, tra cui le malattie respiratorie, infettive e/o sessualmente trasmissibili ed a quelle legate al disagio personale come ansia, depressione, frustrazione, ipereccitazione, aggressività incontrollabile e senso di sconfitta⁶. Inoltre, in carcere, i detenuti corrono un rischio maggiore di adottare stili di vita non salutari quali il fumo di tabacco, l'uso

3 E. NIGRO *et al.*, *Molecular mechanisms involved in the positive effects of physical activity on coping with COVID-19*, in *Eur J Appl Physiol.*, 120, 2020, 2569-2582; M. VENTURELLI *et al.*, *Adapted physical activity in subjects and athletes recovering from covid-19: a position statement of the Società Italiana Scienze Motorie e Sportive*, in *Sport Sci Health*, 18, 2022, 659-669.

4 F. CAPUTO *et al.*, *Covid-19 emergency in prison: Current management and forensic perspectives*, in *Medico-Legal J.*, 88, 2020, 185-186. L.M. MARUSHAK *et al.*, *Pandemic influenza and jail facilities and populations*, in *Am. J. Public Health*, 99, 2009, S339-S344.

A.G. MONTOYA-BARTHELEMY *et al.*, *COVID-19 and the Correctional Environment: The American Prison as a Focal Point for Public Health.*, in *Am. J. Prev. Med.*, 58, 2020, 888-891.

5 F. DUTHEIL, J.B. BOUILLON-MINOS, M CLINCHAMPS, *COVID-19: a prison-breaker?* in *Can J Public Health*, 111, 2020, 480-481.

6 Ministero della Giustizia. Statistiche, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page.

di droghe ed abitudini alimentari malsane, tutti fattori che concorrono ad influenzare negativamente il loro stato di salute⁷.

La detenzione carceraria è inoltre anche associata ad uno stile di vita sedentario, che ulteriormente aggrava lo stato di salute sia fisica che psicologica nei detenuti⁸. Diversi studi italiani hanno dimostrato come nella popolazione carceraria la possibilità di svolgere attività ludico-ricreative in maniera regolare aumenti il benessere e lo stato di salute nei detenuti.

I detenuti che hanno avuto l'opportunità di praticare regolarmente sport hanno mostrato livelli più bassi di ansia, stress e sintomi depressivi, percependo anche una migliore condizione di benessere mentale ed autostima, anche nella popolazione carceraria più giovane, con un maggiore controllo dell'impulsività e dell'aggressività sia fisica che verbale⁹.

La Legge Penitenziaria (legge 26 luglio 1975, n. 354), e successiva modifica (art. 15, decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123) afferma che il trattamento del detenuto deve avvalersi, in primo luogo, «dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, partecipazione a progetti di pubblica utilità, religione, attività culturali, ricreative e sportive, tutto questo facendo opportuni contatti con il mondo esterno e rapporti con la famiglia»¹⁰. In particolare, gli artt. 59 e 60 del suddetto decreto riguardano la delineazione delle attività ricreative e sportive che sono comprese nel programma da attuare in merito al trattamento dei detenuti. L'art. 59 stabilisce che le attività sportive devono essere rivolte principalmente ai giovani e, per questo motivo, dovrebbero coinvolgere le autorità nazionali e locali. La stessa Legge Penitenziaria prevede la presenza di attività ricreative e sportive all'interno dei penitenziari, ai fini di un trattamento rieducativo finalizzato alla realizzazione della personalità del detenuto.

7 M. ZANETTI, F. MACRÌ. *Prison and physical activities in Italy: practices and utilities for the creation of new proposals* in *Journal of Physical Education and Sport*, 20, 2020, 235-241.

8 J.M.P. TORNERO *et al.*, *Pandemic and war: Crisis narrative and leadership. Analysis of the presidential speeches at the beginning of the COVID-19 pandemic*, in *Rev. Lat. De Comun. Soc.*, 79, 2021, 1-21. World Health Organization (WHO), *Regional Office per l'Europa*, 2020.

9 A.J. ALVES *et al.*, *Physical activity in primary and secondary prevention of cardiovascular disease: Overview updated* in *World journal of Cardiology*, 8, 2016, 575-583; A. MANNOCCI *et al.*, *The relationship between physical activity and quality of life in prisoners: a pilot study* in *J Prev Med Hyg.*, 56, 2015, E172-E175. A. MANNOCCI *et al.* *Health related quality of life and physical activity in prison: a multicenter observational study in Italy* in *Eur J Public Health*. 2018, 28, 570-576.

10 PIARULLI *et al.*, *Disegno di legge n. 958*, comunicato alla Presidenza il 26 novembre 2018, Disposizioni per la promozione dell'attività fisica e sportiva negli istituti penitenziari minorili, da <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/341971.pdf>.

Le attività sportive e ricreative sono dunque previste dal Sistema Penitenziario Italiano come strumenti utili per la rieducazione e di supporto nel favorire l'inclusione e la risocializzazione dei detenuti e, in generale, nel diminuire la possibilità di recidiva. Lo sport, strumento di promozione della salute e del benessere di ogni cittadino, ma anche mezzo per combattere l'isolamento, rientra tra gli obiettivi elencati nella *White Paper of sport* del 2007, iniziativa della Commissione e del Parlamento Europeo. Molte discipline tuttavia non sono praticabili nei penitenziari non solo a causa degli spazi limitati, ma anche perché richiedono l'utilizzo di strumenti incompatibili con l'ambiente carcerario e potenzialmente pericolosi. Per ogni detenuto dovrebbe, inoltre, essere prevista una valutazione medica preventiva dell'idoneità fisica all'attività sportiva non agonistica.

Al di là degli ostacoli dovuti all'inadeguatezza degli spazi nelle strutture detentive, le attività che risultano più adatte alla condizione carceraria sono: calcio, pallamano, *basket*, *volley*, tennis, bocce, attività a corpo libero, *jogging* e palestra. Accanto a queste, altre discipline che apportano benefici in termini di salute trovano di recente forti consensi come lo *step*, lo *stretching*, il ballo e la ginnastica posturale.

Utile il coinvolgimento di strutture esterne per lo svolgimento dell'attività fisica, che facilita l'avvio al futuro reinserimento del detenuto, riducendo l'isolamento causato dalla condizione restrittiva. Seguendo questi principi, esistono diverse collaborazioni tra il Ministero della Giustizia – DAP (Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria) ed il CONI (Comitato Olimpico Nazionale Italiano), che hanno realizzato un progetto – Sport in carcere – con lo scopo di migliorare le condizioni di vita dei detenuti attraverso lo sport¹¹. Questo progetto, partito in via sperimentale da due città pilota, Roma e Bologna, in seguito ha coinvolto 12 città italiane, tra cui Napoli (Secondigliano), per poi espandersi in una rete di ulteriori istituti penitenziari del territorio. Da allora, numerose altre strutture penitenziarie campane hanno aderito a questa brillante iniziativa come Poggioreale, Pozzuoli, Nisida, Bellizzi Irpino, Salerno, Avellino, Benevento ed Eboli evidenziando la massima disponibilità a collaborare con il Coni per far crescere sempre di più questo progetto e favorire l'attività sportiva nelle carceri campane.

Durante l'emergenza COVID-19, quando il Governo italiano è stato costretto ad adottare misure per contenere la diffusione dell'infezione da SARS-COV2 anche nelle carceri, le attività ricreative/sportive sono state ridotte al minimo per evitare il contatto ed il contagio tra i detenuti, au-

11 Sport in carcere, <https://www.coni.it/it/sport-in-carcere.html>.

mentando così l'insofferenza degli stessi ed influenzando negativamente il loro stato di salute sia fisica che mentale. In definitiva, le condizioni di vita negli istituti di detenzione, particolarmente inadeguate per affrontare una crisi pandemica così importante, hanno agito come fattore altamente stressante, aggravando una situazione già critica a causa dell'isolamento forzato in un contesto di coabitazione forzata¹².

In conclusione, la pandemia da COVID-19 ci chiede di soddisfare il principio «la salute carceraria è salute pubblica» al fine di tutelare il benessere delle persone in carcere e della loro comunità: particolare attenzione deve dunque essere posta sulla salute dei detenuti, compresa la salute mentale ed il rispetto dei diritti umani. La Legge Penitenziaria stabilisce che la sanzione debba mirare alla rieducazione e alla socializzazione; l'attività fisica, dunque, rappresenta uno strumento utile ed insostituibile per migliorare la forma fisica ed in generale la qualità della vita dei detenuti e consentire una migliore integrazione sociale al termine della detenzione anche durante l'emergenza COVID-19.

2. La specifica organizzazione degli Istituti Penitenziari Minorili (IPM), in particolare il ridotto numero di detenuti all'interno di ciascuna struttura, ha garantito, durante gli anni della pandemia, un adeguato controllo della diffusione del COVID-19.

Sin dal primo *Lock-Down* (Marzo 2020) negli IPM il diritto di visita da parte dei familiari è stato garantito attraverso Video Chiamate (art. 221, comma 10, decreto legge 10 Maggio 2020, n. 34), per limitare gli accessi di persone esterne alle strutture. Di contro, le limitazioni hanno riguardato anche la sospensione delle attività sportive ed educative previste ordinariamente prima della pandemia, non adeguatamente sostituite attraverso dispositivi a distanza.

Dunque, l'emergenza sanitaria ha lasciato il posto all'emergenza educativa, ovvero alla riduzione di quelle attività che, in quanto orientate al reinserimento sociale, proprio all'interno degli IPM dovrebbero rappresentare una priorità. In particolare, la dimensione corporea, focale nella relazione educativa, risulta messa da parte con effetti deleteri soprattutto sul versante psichico¹³.

12 A. CAMPOSERAGNA, *Un altro effetto di COVID-19: accendere le luci sulla situazione carceraria italiana*, in *Recenti Prog. Med.*, 111, 2020, 287-289.

13 M.R. MANCANELLO, *Essere adolescenti reclusi negli Istituti Penitenziari Minorili durante la pandemia: riflessioni sulla perdita della dimensione relazionale nel percorso (ri)educativo*, in *Critical Hermeneutics*, 1, 2022, 124-150.

Quindi, se da un lato all'interno degli IPM il rischio di contagio è stato gestito efficacemente e senza significativi disordini legati alle limitazioni¹⁴, lo stesso non può dirsi per quanto concerne la gestione delle attività educative.

La relazione con l'altro e con sé stesso attraverso il corpo, infatti, secondo l'*embodied cognition theory*, assume un valore nevralgico nell'apprendimento¹⁵, sia nei contesti formali¹⁶, sia in quelli informali o non-formali. Infatti, la didattica a distanza (DaD) ha comportato significative limitazioni in generale per tutti gli studenti, comportando una alterazione delle relazioni con i pari e con il personale docente, richiedendo tra l'altro un elevato sforzo attentivo.¹⁷

D'altro canto, l'attività motoria e sportiva svolge un ruolo significativo anche nel migliorare le relazioni con i pari¹⁸, e dunque assume un'importanza fondamentale all'interno del contesto carcerario minorile, come attività ri-educativa. Allo stesso modo, gli interventi educativi di tipo laboratoriale volte all'acquisizione di quelle competenze utili nel mondo lavorativo, possono garantire ai giovani detenuti un'opportunità di reinserimento sociale all'interno di contesti legali.

3. La conclusione dello stato di emergenza sanitaria (settembre 2021) ha fornito l'opportunità di ripristinare una condizione di «normalità» nella vita di tutti i giorni sia all'interno che all'esterno delle realtà carcerarie. Grazie a questa apertura un gruppo di ricerca coordinato dalla Prof.ssa Iavarone dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope e dal Prof. Di Genaro dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, ha potuto condurre un'indagine su un gruppo di giovani detenuti nell'IPM di Nisida, reclusi

14 I. GRATAGLIANO, N. PETRUZZELLI, V. PIRÈ, S. VERNAGLIONE, L. DASSISTI, L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Doppia Pena e doppio Diritto? Il Carcere al tempo della pandemia da Covid-19*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 4, 2020, pp. 278-288.

15 M. WILSON, *Six view of embodied cognition*, in *Psychonomic Bulletin & Review*, 9(4), 2002, pp. 625-636.

16 S. IACHINI, M.L. IAVARONE M.L., F. RUOTOLO, *Toward a teaching embodied centred: perspective of research and intervention*, in *Research on Education and Media*, 1(June) 2002, pp. 57-68.

17 F.I. AMBRA, F.V. FERRARO, L. ARUTA, M.L. IAVARONE, *Accesso alla Didattica a Distanza tra povertà educative e tecnologiche*, in *Attualità Pedagogiche*, 1, 2020, pp. 19-26.

18 F.I. AMBRA, *Lo Sport come dispositivo educativo nell'ottica della Pedagogia del Benessere. Una ricerca pilota nell'ambito del progetto "Vivere S.M.A.R.T."*, in *Annali della didattica Online e della Formazione Docente ol.* 11, 18, 2019, pp. 166-175.

per reati associati all'utilizzo di armi da sparo. L'indagine, pubblicata in un volume alla cui curatela ha contribuito anche il Dr. Marco Valentini (già prefetto di Napoli) e dal titolo «Minori che Sparano», ha restituito differenti spunti sull'evoluzione del comportamento criminale tra i minori, partendo dall'osservazione che mentre da un lato si registra un numero complessivo di reati che va via via diminuendo nel tempo, sussiste, tuttavia, una crescente efferatezza dei reati commessi.

Le interviste appaiono interessanti anche per ciò che concerne le prospettive future di questi ragazzi detenuti, che sembrano in qualche modo sollecitare una riflessione sull'adeguatezza degli interventi educativi messi in atto all'interno degli IPM.

Nell'ambito degli interventi educativi appaiono particolarmente rilevanti quelli che prevedono il coinvolgimento in attività sportive (ad es. *rugby* e *basket*) e le attività laboratoriali che ambiscono al conseguimento di competenze spendibili nei contesti lavorativi, ad esempio, per l'inserimento nel campo della ristorazione o dell'artigianato. Tutti i ragazzi riferiscono di partecipare in maniera continuativa alle attività sportive e laboratoriali offerte dall'istituzione.

Dalle interviste è stato però possibile osservare come, sebbene molti dei ragazzi appaiano orientati verso una specifica attività lavorativa, molti di loro presentano una sorta di idealizzazione nei confronti di questa. Le aspettative circa la loro realizzazione in termini economici appaiono, infatti, spesso incongrue («voglio trovare un lavoro in un ristorante, perché voglio guadagnare molti soldi così potrò comprare tanti capi firmati»), allo stesso modo le loro possibilità di impiego sembrano legate più a circostanze fortuite che alla loro responsabilità («se mi danno un lavoro, io lo faccio»).

Nessuno degli intervistati sembra escludere a priori la possibilità di tornare a svolgere attività illecite, che sono viste quasi come uno sbocco lavorativo cui affidarsi in caso di condizioni avverse («se non trovo niente torno a fare quello che facevo prima») o come metodo per ottenere guadagni elevati a breve termine («se non guadagno abbastanza»). Questa condizione sembra rimandare ad una carenza nello sviluppo di quel pensiero morale che consente ad un individuo di operare delle scelte sulla base del valore etico che esse assumono o anche più semplicemente sulla base di un principio empatico che impedirebbe loro di mettere in atto comportamenti lesivi nei confronti di altre persone.

Neanche il timore di eventuali conseguenze di condotte illecite sembra emergere dalle interviste. Infatti, l'idea di tornare in carcere, una volta usciti, sembra non limitare la loro determinazione a perseguire qualsiasi azione necessaria pur di conseguire un tornaconto economico personale.

4. A partire dall'esperienza della pandemia da COVID-19, il mondo scientifico ha avuto modo di comprendere gli effetti della limitazione della mobilità e delle opportunità relazionali, osservando come questi aspetti della vita quotidiana, imprescindibili fino a quel momento, costituissero l'elemento fondamentale per la percezione ed il mantenimento di uno stato di benessere.

All'interno dei contesti carcerari, già prima della pandemia, la ri-educazione ha assunto un'importanza sempre maggiore, rappresentando l'elemento fondante gli IPM, che hanno investito nel tempo risorse in particolare sulle attività sportive e laboratoriali. Gli interventi che utilizzano l'attività motoria sembrano raggiungere l'importante obiettivo di tutelare e promuovere il benessere fisico e psichico dei detenuti. Le attività laboratoriali d'altro canto consentono a questi ragazzi l'acquisizione di abilità spendibili direttamente in alcuni specifici contesti lavorativi e promuovere, dunque, un possibile benessere sociale nel momento in cui essi sono al di fuori del sistema carcerario.

Queste attività appaiono assolutamente necessarie e dovrebbero essere sempre e comunque tutelate. Tuttavia, non appaiono sufficienti per il raggiungimento di una condizione di benessere bio-psico-sociale, in quanto insufficienti nel far maturare in questi ragazzi un pensiero morale, che consenta loro, una volta fuori, di mettere in pratica quanto appreso nel sistema detentivo.

Le interviste, in questo senso, appaiono particolarmente suggestive. Esse hanno consentito di osservare una tendenza a depersonalizzare le vittime dei loro comportamenti devianti, associata alla deresponsabilizzazione verso gli agiti criminali.

Un esempio di intervento che consente ai detenuti di acquisire maggiore contezza degli effetti dei loro reati è rappresentato dalla «mediazione penale minorile» definita come «attività intrapresa da un terzo neutrale al fine di ricomporre un conflitto fra due parti [...] attraverso la riparazione del danno alla vittima o la riconciliazione fra vittima e autore del reato»¹⁹.

Purtroppo, tale intervento non trova sempre applicazione e diffusione sul tutto il territorio nazionale, ma se adeguatamente strutturato potrebbe garantire una prima possibilità per i giovani detenuti di confrontarsi con le reali conseguenze delle loro azioni. Viceversa, in assenza di questo confronto, come evidenziato dalle interviste, i ragazzi tendono a vedere nel

19 Dal sito del Ministero della Giustizia https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=4_55&facetNode_2=0_2&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS31410#Toc11 (verificato in data 06/03/2023).

carcere l'unico effetto dei loro reati, senza confrontarsi con l'impatto che tali comportamenti hanno avuto sulle vittime. Il carcere in questo senso è poi vissuto solo come evento di passaggio e non come un luogo dove acquisire un nuovo modo di relazionarsi con il mondo circostante.

Il benessere perseguibile nei contesti penitenziari, dunque, dovrebbe coincidere con il far emergere nel detenuto la volontà di perseguire un futuro differente, attraverso un'adeguata collocazione lavorativa sostenuta dal bisogno di non ricadere all'interno delle maglie della devianza. Viceversa, le sole attività sportive e laboratoriali possono essere efficaci nella promozione del benessere fisico, mentre sul versante psico-sociale, la mancanza di presa di coscienza dei propri atti, può essere solo protettiva rispetto a stati psichici sintomatici (ansia e depressione), ma non garantisce un adeguato sviluppo e dunque, il perseguimento del benessere reale.

CAPITOLO SECONDO
GENITORIALITÀ IN CARCERE
E TUTELA DEI MINORI

MARIANNA PIGNATA
(P)RECLUSE

Discriminazione di genere nei frenocomi giudiziari tra Otto e Novecento

SOMMARIO: 1. Luoghi di detenzione declinati al femminile. 2. Tentativi di riordino del sistema carcerario e la nascita della prima sezione per maniaci nel manicomio di Aversa. 3. Discriminazioni di genere nei manicomi criminali.

1. [...] storicamente la reclusione delle donne non era la pena a compensazione di un reato, ma era una pena che mirava al cambiamento soggettivo; questo quando ancora in carcere non c'era il trattamento. La reclusione delle donne avveniva nelle istituzioni più di tipo manicomiale, non era una punizione per reato. Torino è fantastica... ha una storia incredibile sulla reclusione, aveva tutte queste situazioni a metà tra il caritatevole e la reclusione per comportamenti femminili che non erano reati, ma erano fuori della norma: se eri prostituta, se avevi figli fuori dal matrimonio, se avevi una vita sessuale anomala rispetto ai codici di genere imposti. Tutto finiva sempre in reclusione. I dispositivi erano governati in maniera diversa, ma la finalità era la medesima, ossia di decostruzione e ricostruzione di un sé diverso, più adeguato, tra il manicomiale, il morale, il disciplinare. Questa è classicamente la storia di reclusione delle donne, che non era così per gli uomini. Gli uomini magari subivano condanne pesantissime o sanzioni pesantissime, ma che erano a retribuzione di quello che avevano compiuto. Le donne hanno quest'altra storia e secondo me in questo carcere contemporaneo si trova ancora una traccia di quella storia lì, che è una storia non scritta in nessuna normativa, ma... negli operatori, nelle mentalità introiettata dalle stesse donne... quel femminile lì, è un femminile che serpeggia ancora [...].

È così che efficacemente sintetizza Susanna Ronconi¹ la condizione femminile nei luoghi di detenzione², ed è su questa linea interpretativa che il presente saggio intende avviare una riflessione sul trattamento delle donne, in particolare nei frenocomi giudiziari, preceduta da una breve parentesi storica sulle carceri femminili dove, appunto, il luogo della reclusione aveva finalità di «decostruzione e ricostruzione tra il manicomiale, il morale e il disciplinare», con finalità tese a ‘risocializzare’ le donne devianti³. Fino alla seconda metà del XIX secolo, peraltro, le case di detenzione femminili presentavano caratteristiche con un taglio istituzionale che variava tra repressione ed assistenza, evidenziando una contiguità tra la reclusione come pena e la reclusione come tutela e protezione, sebbene in un’ottica di segregazione ed emarginazione dalla collettività.

Partendo dagli ultimi decenni del Cinquecento e per tutta la seconda metà dell’Ottocento, era usuale che donne dalla vita irregolare fossero ospitate presso diversi istituti come case di soccorso, mentre esistevano anche luoghi, come i monasteri, per l’accoglienza di meretrici pentite⁴: vale dire che, nelle città, la delinquenza femminile – accanto alla minorile e alla microcriminalità – era regolarmente sanzionata non con la reclusione nelle prigioni esistenti, ma confinata in spazi del circuito as-

-
- 1 Susanna RONCONI è un ex detenuta politica, ex militante nella lotta armata degli anni '70 con l'organizzazione Prima Linea, dopo una breve esperienza con le Brigate Rosse, coautrice di volumi sulle carceri italiane scritti con Grazia Zuffa: *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere. Un'indagine nelle sezioni femminili delle carceri di Sollicciano, Empoli e Pisa*, Roma, 2014; ID., *La prigione delle donne. Idee e pratiche per i diritti*, Roma, 2020.
 - 2 Sulla storia dei luoghi di detenzione cfr. R. CANOSA, I. COLONNELLO, *Storia del carcere in Italia dalla fine del '500 all'Unità*, Roma, 1984; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993; E. CAMPELLI, T. PITCH, F. FACCIOLI, V. GIORDANO, *Donne in carcere: ricerca sulla detenzione femminile*, Milano, 1988.
 - 3 «Questa risocializzazione ruota attorno a due sfere della vita: quella sessuale e quella lavorativa; da un lato si cerca di riportare le donne a condurre una vita casta fino al matrimonio ed in seguito fedele, dall'altro si fa loro apprendere lo svolgimento del lavoro domestico, fondamentale per il ruolo che esse devono avere in famiglia ma anche utile per poter svolgere le mansioni di domestica presso case altrui»: A. SALVATI, *La detenzione femminile*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, 7.
 - 4 Per la particolare condizione di meretrice, interessanti gli studi dedicati alla devianza femminile a Bologna di LUCIA FERRANTE. *Povertà e prostituzione*, in *Arte e Pietà. I patrimoni culturali delle Opere Pie*, Istituto per i beni culturali della Regione Emilia Romagna, Bologna, 1980, 455-460; ID., *Pro mercede carnali... Il giusto prezzo rivendicato in tribunale*, in *Prostituzione*, Memoria. Rivista di storia delle donne, n. 171, 1986, 42-58.

sistenziale che erano ‘adibiti’ precipuamente al trattamento di categorie sociali «pericolose»⁵. Il risultato cui si giunse fu, così, la realizzazione di stabilimenti dall’assetto ibrido e flessibile, capaci di contenere un insieme di vissuti estremamente diversi tra loro, attraverso l’isolamento dalla società e l’obbligo ad uno stile di vita ispirato ai valori condivisi dalla comunità, ossia lavoro ed obbedienza. A riprova di ciò, nella storia della detenzione femminile si assiste all’evoluzione, da un lato, di istituzioni che avevano come finalità principale quella di contenere gli effetti di «una povertà pericolosa»⁶ e di preservare «l’ordine pubblico»⁷

5 È opportuno sottolineare che il carcere, nel significato moderno, divenne la forma di sanzione dominante a partire dall’Ottocento (seppur se ne constati la progressiva affermazione già a partire dal Settecento), e che nei secoli precedenti: «È noto che esso venisse impiegato per lo più come luogo temporaneo di detenzione e di custodia, come insegnava un passo del Digesto (*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*), in attesa di interrogatorio e/o tortura e poi dell’esecuzione della pena. «Con la prigione ci si assicura di qualcuno, non lo si punisce». Le carceri erano «puri e semplici ‘depositi’ di soggetti per qualche ragione ‘devianti’». Il passo era così chiaro da non poter non influenzare i giuristi medievali e moderni, che vi attribuirono una funzione sostitutiva della pena pecuniaria nei casi in cui il reo non avesse di che adempiere al suo debito o a seguito di decisione rimessa all’arbitrio del magistrato. In questo caso il carcere si configurava quale strumento punitivo residuale per reati meno gravi, da annoverare tra le pene ‘leggere’, quasi forzandone e snaturandone la destinazione primaria di luogo riservato agli imputati a seguito di cattura. Sono in particolare le *Pratiche criminali* d’età moderna ad offrire suggestivi spunti di riflessione sul tema... Le *Pratiche* rappresentano un osservatorio privilegiato per comprendere il ruolo del carcere nel sistema sanzionatorio tra Cinque e Seicento, un ruolo non univoco né tratteggiabile in modo granitico, ma ricco di sfaccettature poliedriche»: L. GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2017, 15. Sul genere letterario delle *Pratiche* si rinvia L. GARLATI, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 89 (2016), 71-109.

6 In tale ottica, a titolo esemplificativo, l’Ospizio apostolico dei poveri invalidi, detto il ‘San Michele’ che nelle disposizioni della bolla di Innocenzo XII del 1693 riservava alle donne uno spazio definito (cfr. A. BALZANI, *L’ospizio apostolico dei poveri invalidi detto il “San Michele” dal 1693 al 1718*, Roma, 1969); e ancora a Genova nell’Albergo dei poveri (cfr. G. GRENDI, *Pauperismo e albergo dei poveri nella Genova del Seicento*, in *Rivista storica italiana*, LXXXVII, fasc. IV, 1975); L’Opera pia dei mendicanti di Bologna (cfr. Archivio di Stato di Bologna, Fondo Opera Pia Giovanni XXIII, Opera mendicanti (Atti di fondazione, Statuti).

7 A tal riguardo, a Torino, l’Opera del Deposito per “*donne cadute, pericolose o di attuale o imminente scandalo al prossimo*” (cfr. S. CAVALLI, *Assistenza femminile e tutela dell’onore della Torino del XVIII secolo*, in *Annali della Fondazione Einaudi*, vol. XIV, anno 1980); a Bologna, nel 1633 nacque una

e, dall'altro, di progetti di riforma del carcere tendenti, soprattutto, alla classificazione e alla differenziazione delle donne dagli uomini e tra le donne di cattiva fama e tutte le altre⁸. Questi progetti di riforma, che distinguevano l'internamento «correttivo» dall'internamento carcerario, prevedevano, come presupposto cardine, la necessità di «custodia» delle donne da parte delle donne (prevalentemente suore)⁹ che governarono gli stabilimenti penali secondo regole in cui la punizione si mescolava alla carità. Così come ben evidenziato, ad esempio, nella riforma del sistema penitenziario in Toscana del 1845:

le Suore, compresa la Direttrice, come quelle che hanno un continuo ed immediato contatto colle reclusi, si adopereranno unanimemente ed incessantemente, e coi consigli, e colle esortazioni, e colle istruzioni, per contribuire alla moralizzazione delle medesime, onde tentare di restituirle alla Società emendate dai loro trascorsi e disposte a vivere onestamente; contandosi molto a tale effetto sull'efficacia della loro attiva e zelante cooperazione.¹⁰

al fine di preservare le prime, per un verso, da violenze sessuali, per l'altro, per agevolarne il pentimento.

casa di correzione detta di San Gregorio, alla quale si aggiunsero poi una sezione per «insubordinate» all'autorità parentale, e uno spazio – detto Opera Negrissola – ove internare vaganti, «scandalose» – la cui pericolosità morale o sociale era attestata dalla sola fede del parroco e – per l'appunto – le condannate (cfr. M.R. CAFORIO, *Orfani, «discoli», prostitute, pazzi a Bologna tra antico regime ed età napoleonica. L'Opera Pia dei Mendicanti*, Facoltà di Lettere e Filosofia, Università degli Studi di Parma, a. a. 2007-2008); a Milano, l'Asilo Mariuccia (cfr. A. BUTTAFUOCO, *Le Mariuccine. Storia di un'istituzione laica*, Milano, 1985).

8 «Tale diversità fa sì che, alla fine dell'800, i riformatori e le case penali ospitino per lo più donne scappate di casa, vagabonde, donne considerate troppo libere e prostitute. Specificamente per le donne criminali, alla fine dell'800 esistevano in Italia le case penali femminili della Giudecca (Venezia), di Perugia e di Trani (Bari). Gli istituti erano retti e gestiti da religiose, eccetto la casa penale di Trani, e lo Stato non influiva mai sull'operato della Superiora, al contrario di quanto accadeva per gli uomini. Le case penali e le case di custodia per fanciulle sono state le «antenate» dei moderni istituti penitenziari femminili. Si trattava di strutture edificate in campagne isolate, in zone periferiche della città; erano riservate, rispettivamente, alle donne adulte o alle giovani che avevano commesso reati, nonché a vagabonde e meretrici»: A. SALVATI, *La detenzione*, cit., 7.

9 Cfr. S. TROMBETTA, *Punizioni e carità. Carcere femminile nell'Italia dell'Ottocento*, Bologna, 2004.

10 C. PERI, *Cenni sulla Riforma del sistema penitenziario in Toscana*, Firenze, 1848, 240-241.

A riprova di ciò le osservazioni di Carlo Petitti di Roreto, Consigliere di Stato di Carlo Alberto, che nel suo trattato sulla questione carceraria, proponeva una riforma dove alle recluse venissero concesse condizioni migliori di vivibilità:

Riguardo alle case penitenziarie speciali delle donne condannate pei commessi delitti, vuolsi notare, che occorrono le stesse regole indicate per le case penitenziarie degli uomini; se non che per la costumatezza degli ufficiali del carcere e de' guardiani del medesimo sono necessarie maggiori cautele, acciò non succedano certi inconvenienti che potrebbero avere conseguenze gravissime... Rispetto agli ergastoli destinati alle donne o fanciulle che già provarono le funeste conseguenze di un deciso mal costume, si possono del pari adottare le norme delle case penitenziarie femminili, se no che converrà separare le detenute in classi, in ragione del maggiore o minor grado di scostumatezza e di protervia, e del maggiore o minore progresso di miglioramento.¹¹

I luoghi di detenzione e di segregazione erano, nello Stato preunitario, intesi non solo come espedienti di repressione e di controllo delle trasgressioni a vantaggio dell'ordine sostenuto dai governi¹², ma anche e soprattutto come espressioni di un «catalogo» di pratiche culturali e di processi politici non sempre lineari. Furono proprio gli interventi normativi, dalla seconda metà dell'Ottocento in poi, a porre in luce la difficoltà culturale ad affrontare l'immagine della donna «coscientemente» delinquente: la donna che commetteva un reato lo faceva perché deviante, ossia con un'inferiorità fisica e soprattutto psichica che non le consentiva di trasgredire alle regole «con capacità di intendere e volere». E tutto parte «dal» Corpo e «sul» Corpo della donna. E non è, ovviamente, solo questione di «preposizioni». È che al di sotto di quelle «preposizioni» si nasconde tutto un modo di valutare il problema «giuridico» della «discriminazione di genere», e di risolverlo; si nasconde tutto un atavico retaggio culturale ed un sistema concettuale su quello elaborato, visto che:

-
- 11 C. I. PETITTI DI RORETO, *Saggio sul buon governo della mendicizia, degli istituti di beneficenza e delle carceri*, vol. II, Torino, 1837, 487. Molteplici le notizie che attestano la fama dell'Autore e della sua sensibilità al tema della giustizia. Per una scheda biografica si rinvia a M. ALBERTI, s.v. «Carlo Ilarione Petitti, conte di Roreto», in https://www.treccani.it/enciclopedia/petitti-carlo-ilarione-conte-di-roreto_%28Dizionario-Biografico%29/.
- 12 Cfr. V. FIORINO, *Il «controllo sociale»: alcune riflessioni su una categoria sociologica e sul suo uso storiografico*, in *Storica: rivista quadrimestrale*, vol. 13, 1999, 155-183; D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, 2002.

l'immoralità maschile era una minaccia, quella femminile era sentita ben più pericolosa, perché andava a indebolire alle radici il buon ordine complessivo della società. I delitti delle donne, in altre parole, erano percepiti più come una questione di morale che di diritto: mentre allora nel caso degli uomini ad esser punite erano le trasgressioni rilevanti dal punto di vista penale, nelle donne era la non accettazione del proprio ruolo ad essere stigmatizzata più del gesto criminale in sé.¹³

E la dottrina di fine Ottocento, con il suo concepire un diverso modo di 'giudicare' e 'sanzionare' la 'criminalità'¹⁴, avallava questa idea di peculiarità della devianza femminile tanto acuita da sorprendere chi vi ponga attenzione con la mentalità di un moderno; e non già per la risolutezza, nel dibattito postunitario, di «legittimare le differenze legate al sesso»¹⁵ che

-
- 13 Peculiari, in tal senso, le osservazioni di Simona TROMBETTA (*Punizione e carità*, cit.) che racconta come e quando nacquero in Italia i primi istituti di pena riservati alle donne e ne descrive i meccanismi di funzionamento. Limitatamente alla riflessione sulla letteratura giuridica, per un ripensamento originale della materia, indispensabile è la lettura di S. RODOTÀ, *Il corpo 'giuridificato'*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, poi anche in Id., *La vita e le regole*, Milano, 2006, 36 ss.
- 14 «Nella riflessione giuridica tra fine Ottocento e inizio Novecento si evidenziarono diverse posizioni: alcuni sostenevano la piena uguaglianza giuridica tra uomini e donne in campo penale, altri una minore o diversa imputabilità per le donne, altri ancora ritenevano che sarebbe stato giusto pensare per le donne ad una semplice attenuazione di pena. Il Codice Zanardelli non prevedeva la differenza di sesso come fattore influente di per sé sull'imputazione. Il problema dell'imputabilità era incentrato sulla volontarietà dell'azione in modo da distinguere tra azioni commesse da un soggetto capace di intendere e volere, cioè nel pieno possesso della «coscienza e libertà dei propri atti», e fatti agiti da un soggetto che si trovasse in uno «stato di infermità di mente», che mettessero in crisi le capacità razionali»: C. CARRINO, *Luride, agitate, laceratrici, criminali. Fenomenologia di un internamento*, in <http://www.fedoa.unina.it/9859/1/Candida%20Carrino-Tesi%20dottorato.pdf>, 64.
- 15 Cfr. M. GRAZIOSI, *Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Jura gentium*, 2005, (<https://www.juragentium.org/topics/women/it/sexus.htm>). L'Autrice evidenzia la peculiare influenza del medico Ernst Spangenberg sulle opinioni dei penalisti italiani: «Entrambi i sessi, ammette Spangenberg, appartengono alla specie umana, e in quanto esseri razionali sono certamente uguali fra loro. "Ma l'essere razionale nel mondo dei sensi dipende ancora dal corpo, e da molte altre cose, ed è così suscettivo di parecchie varietà e disuguaglianze, che sono prodotte o determinate da quelle circostanze. Il sesso, l'età, la salute influiscono sulla potenza dell'animo, quanto l'educazione, i costumi, le consuetudini: e perciò tutte queste cose debbono porsi in bilancia per determinare lo stato giuridico di ogni membro della città"». A tal riguardo si rinvia a E. SPANGENBERG, *Del*

ormai sembravano praticamente scomparse dalle legislazioni continentali, quanto per la *ratio* di quelle motivazioni, che testimoniavano inequivocabilmente la scelta – nell'indicare la «minorazione» *tout court* delle donne – di recluderle, in caso di reati commessi (per lo più contro l'ordine pubblico) nei manicomi criminali. E la storia dei manicomi criminali e, con essa, quella delle prassi reclusive, è una storia che si combina con «altre storie», vale a dire la storia del diritto e della giustizia, degli stabilimenti e della loro amministrazione, delle teorie elaborate e, in ultimo (ma non per importanza), la storia delle donne devianti¹⁶. Queste brevi riflessioni saranno nella direzione di cogliere questa impostazione problematica, soffermandosi sulla realtà del Sud d'Italia.

Sesso femminile, considerato relativamente al diritto ed alla legislazione criminale, in Scritti germanici di diritto criminale raccolti da F.A. Mori, Nanni, Livorno, 1846. Un'analisi delle dottrine giuridiche dell'inferiorità della donna è sviluppata da M. MANFREDI, A. MANGANO, Alle origini del diritto femminile. Cultura giuridica e ideologie, Bari, 1983.

- 16 Per una lettura ampia e con un taglio trasversale sul piano temporale e tematico, si rinvia al volume di L. ANTONELLI (a cura di), *Carceri, carcerieri, carcerati. Dall'antico regime all'Ottocento*. Seminario di studi, Castello Visconti di San Vito, Somma Lombardo, 14-15 dicembre 2001, Soveria Mannelli, 2006. E ancora, D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*, Bologna, 1997; R. CANOSA, I. COLONNELLO, *Storia del carcere*, cit.; A. CAPELLI, *La buona compagnia. Utopia e realtà carceraria nell'Italia del Risorgimento*, Milano, 1988; G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*. V. I documenti, Torino, 1973. Sui singoli istituti o su realtà reclusive territoriali circoscritte, tra i tanti lavori, rilevanti i contributi dedicati a Roma, cfr. T. SELLIN, *The House of Correction for boys in Rome*, in *Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 20, n. 1, 1930, 533-553; G.M. SIROVICH, *Correzionale del San Michele e istanze di reclusione a Roma (XVIII-XIX secolo)*, in *Società e storia*, n. 50, 1990, 827-845; L. CAJANI, *Surveillance and Redemption. The Casa di Correzione of San Michele a Ripa in Rome*, in N. Finzsch, R. Jütte (ed.), *Institutions of Confinements. Hospitals, asylum, and prisons in Western Europe and North America, 1500-1950*, German Historical Institute, Washington D.C., Cambridge, 1996, 301-361; M. FORMICA, *La città e la Rivoluzione: Roma 1798-1799*, Roma, 1994, 265-288; C. LUCREZIO MONTICELLI, *La nascita del carcere femminile a Roma tra XVIII e XIX secolo*, in *Studi Storici*, 48, 2, 2007, 447-476. Per la realtà milanese e piemontese, cfr. G. LIVA, *Gli istituti di pena a Milano nell'età rivoluzionaria e napoleonica: Casa di correzione, Carceri del Capitano di Giustizia, Casa di forza e Casa di lavoro volontario (detta poi d'industria)*, in *Ricerche di storia in onore di Franco della Peruta, Economia e società*, vol. II, Milano, 1996, 406-457; R. AUDISIO, *La Generala di Torino. Esposti, discoli, minori corrigendi, 1785-1850*, Santena, 1987.

2. La scelta di concentrarsi sul Mezzogiorno deriva dalla constatazione che, in un panorama come quello italiano, il tentativo di ultimare l'unificazione geo-politica del Regno con l'uniformazione del sistema penitenziario renda problematico rintracciare un progetto unitario a proposito delle carceri. Si è preferito, così, circoscrivere l'analisi al primo manicomio giudiziario, nella convinzione che – sullo sfondo di una comparazione con le esperienze coeve di altri contesti territoriali – si potessero rilevare, a proposito della condizione femminile, risultati singolari. E tale scelta è stata suffragata anche dall'arco temporale individuato, vale a dire l'Ottocento – perché periodo 'peculiare' – nel quale la privazione della libertà si affermò definitivamente come sanzione per eccellenza attraverso la quale «riqualificare l'individuo», grazie alla maturazione di lente trasformazioni in ambito legislativo, sociale e culturale, iniziate tra il Seicento ed il Settecento¹⁷.

Ebbene, alcuni luoghi – sorti tra Sei e Settecento –, destinati indifferente-mente al trattamento declinato al femminile della devianza, erano stati riadattati o sostituiti da nuovi istituti riservati a specifiche categorie reclusive, e tutto ciò all'interno di un più ampio programma di riordino del settore della giustizia, della sorveglianza e del soccorso. Tutto ciò mentre già dalla seconda metà del Settecento e per tutto l'Ottocento nel centro Nord sorgevano «luoghi di riabilitazione»: a titolo esemplificativo, a Milano era sorta una casa di correzione a tipologia cellulare per correggendo da educare all'apprendimento di un mestiere¹⁸ e, negli stessi anni, a Torino venne fondato l'istituto della *Generala*, destinato ad impiegare nella manifattura donne indigenti, poco dopo convertito in luogo di pena per donne di malavita¹⁹, nel Meridione del Paese, sebbene vi fosse un acceso dibattito – in cui emergeva la generale e triste condizione dei detenuti e delle detenute del Regno²⁰ – nel tentativo di scegliere il modello di reclusione più 'efficace', tra quello filadelfiano e auburniano²¹, e di affermare un'impostazione

17 Cfr. M. PERROT, *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIXe siècle*, Paris, 1980.

18 Cfr. G. LIVA, *Gli istituti di pena a Milano*, cit.

19 Cfr. R. AUDISIO, *La Generala di Torino*, cit.

20 Cfr. L. PAGANO, *Sull'influenza del regime cellulare sul fisico e morale de' detenuti*, in *Le Ore Solitarie*, 1840, fasc. III. Nel 1837 veniva pubblicata a Napoli anche l'opera di Filippo Volpicella sulle prigioni, recensita su *Il Progresso* da Matteo de Augustinis, entusiasta per il tema, meno per i contenuti dell'opera (M. DE AUGUSTINIS, recensione a F. VOLPICELLA, *Delle prigioni e del loro migliore ordinamento*, dalla stamperia del Fibreno, Napoli, 1837, in *Il Progresso*, anno VII (1838), vol. XIX, 126-127).

21 Cfr. F. DE ANGELIS, S. TORGE, *La realtà invisibile. Breve storia del diritto penitenziario dagli Stati preunitari ad oggi*, in L. Pace, S. Santucci, G. Serges (a cura di),

teoretica nuova rispetto al passato²², continuavano a persistere «luoghi di isolamento» come collegi, conservatori, conventi e monasteri, ossia tutte strutture «miste» che accoglievano al loro interno fanciulle e donne di diversa condizione ed estrazione²³. Tutto ciò fino all'affermarsi del primo manicomio criminale che, ad Aversa, raccolse ree folli e folli ree, colpevoli di aver infranto soprattutto la morale dominante allontanandosi dalla loro supposta inclinazione materna e familiare. A tal proposito, all'indomani dell'Unità d'Italia, la nascita di un moderno apparato amministrativo-giudiziario da un lato, e la messa a punto di una legislazione gradualmente sempre più imperniata sulla detenzione dall'altro segnavano, nel Settecento un momento di importante frattura rispetto alla situazione precedente, sullo sfondo di una moderna concezione dello Stato e della diffusione di una nuova sensibilità che individuava nella prigione una soluzione ideale perché socialmente utile. Nel Sud invece si rafforzava la concezione della reclusione non come luogo di riscatto e redenzione ma di disciplinamento e allontanamento dalla corruzione morale e di cura della devianza. In sostanza, perdurava quanto già era consolidato negli Stati preunitari così come fu descritto da Martino Beltrani-Scalia nella Relazione sull'Ordinamento Generale della Amministrazione Carceraria del 1891:

È noto come al momento della unificazione del Regno, fossero diverse le legislazioni penali in vigore, diversi i sistemi adottati per la espiazione delle pene: sicché mentre la Toscana, con ammirevole energia, aveva quasi compiuto la riforma dei suoi Stabilimenti carcerari, seguendo il sistema della segregazione cellulare continua; mentre gli Stati Sardi, la Lombardia e

Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario, Roma, 2011, 9-35.

- 22 «laddove la giustificazione della pena veniva naturalmente riscontrata nella biblica legge del taglione», cfr. F. MASTROBERTI, *Tra scienze e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari, 2005. L'A. approfondisce, a tal proposito, il tentativo di rinnovamento del sistema penitenziario in Pasquale Stanislao Mancini che prese una chiara posizione in merito con il decreto del 21 aprile 1845 sull'organizzazione carceraria del Regno (P.S. MANCINI, *Del migliore ordinamento del nuovo gran carcere di Avellino e della introduzione della riforma penitenziaria nelle Due Sicilie, discorso pronunciato al Consiglio Generale del principato Ulteriore nelle sessioni di maggio 1842*, in *Giornale di Scienze Morali Legislative ed Economiche*, 1842, II parte, fasc. VII, 32-64).
- 23 A titolo esemplificativo, in Puglia, quattro istituti per donne pentite: il Conservatorio delle Pentite o della Maddalena di Foggia, l'Asilo di Pietà di Bari, il Conservatorio delle Pentite di Taranto e il Conservatorio di San Sebastiano di Lecce. Un'analisi approfondita è di A. CARBONE, *Peccatrici. Il controllo sociale sulle donne nel Mezzogiorno moderno*, in *Itinerari di ricerca storica*, XXX (2016), numero 2, 95-106.

i ducati di Parma e di Modena, seguendo il sistema della segregazione notturna, spingevano avanti le loro costruzioni carcerarie; lo Stato pontificio ed il Regno delle due Sicilie, nulla, o poco avevano fatto per corrispondere al progredito incivilimento sociale.²⁴

A questo proposito, è importante rimarcare proprio la nascita dello «stabilimento per alienati» di Aversa, le cui caratteristiche²⁵ e direzione²⁶, negli

24 M. BELTRANI-SCALIA, *Relazione al Regolamento generale per gli Stabilimenti carcerari e per i Riformatori governativi del Regno del 1891*, Roma, 1957, 3.

25 L'istituzione del Manicomio di Aversa risale al Decreto n. 1655 del 1813 di Gioacchino Murat con la denominazione di *Real Manicomio*. Per una storia sulle origini e sull'evoluzione della casa di cura per folli si rinvia a F. CASCELLA, *Il Real manicomio di Aversa nel I centenario dalla fondazione: 5 maggio 1813-5 maggio 1913: cenni cronostorici*, Aversa, 1913; A. PUCA, C. ENSELM, *L'ospedale psichiatrico S. Maria Maddalena (già Real Manicomio) di Aversa*, in *Rassegna di neuropsichiatria*, Nocera Inferiore, Ospedale psichiatrico consortile, 1955, vol. IX, 1-84. Il Real Manicomio rappresentò, nella storia dell'assistenza psichiatrica del Sud peninsulare d'Italia, una pietra angolare ed aprì un varco ai successivi progetti e provvedimenti che si alternarono dopo il 1813 e fino al 1904, quando venne varata la legge sui manicomi e sugli alienati (Legge riguardante disposizioni sui manicomi e sugli alienati 14 febbraio 1904, n. 36, corredata del testo completo di tutti i lavori parlamentari, Napoli 1907) completata con regolamento relativo nel 1909 (Regio Decreto 15 agosto 1909, n. 615, che approva il regolamento per l'esecuzione della legge 14 febbraio 1904, n. 36, sui manicomi e sugli alienati, in *Gazzetta Ufficiale del Regno*, 217, 16 set. 1909): «La portata innovativa del provvedimento era senza dubbio nella sua impostazione terapeutica più che custodialistica, che viene espressa nella premessa. I suoi principi informatori, ispirati ad una generica semplicità dell'impianto e ad un paternalismo di fondo, risentono del clima degli inizi dell'Ottocento, dei fermenti residui della rivoluzione francese, dell'esperienza di Pinel e di Chiarugi. La legge murattiana non contiene alcun riferimento ai concetti di inguaribilità, di pericolosità e di difesa sociale che ispireranno la legge del Regno d'Italia del 1904» (C. CARRINO, *Dalla cura morale agli psicofarmaci. Storia del "Santa Maria Maddalena"*, in C. Carrino, R. Di Costanzo (a cura di), *Le case dei matti. L'archivio dell'ospedale psichiatrico "S. Maria Maddalena" 1813-1999*, Napoli, 2011, 20, nt. 6). Prima della riforma murattiana, nel Mezzogiorno, vi era la Real Casa Santa degli Incurabili di Napoli, fondata intorno al 1519 da Maria Lorenza Longo, che provvedeva anche al ricovero e alla cura di altri tipi di infermi e che rientrava nei molteplici tentativi di intervento a favore degli alienati. Per una generale ricostruzione storica dei manicomi, si rinvia a E. FALRET, *Della costruzione e dell'organizzazione dei manicomi*, Paris, 1852, (trad. con note di G. Bastianelli, Roma, 1856).

26 A tal riguardo si ricordano Giovanni Linguiti e Simone Gimoneschi. Tra i direttori che resero il Manicomio di Aversa «il fiore all'occhiello del processo di modernizzazione dell'amministrazione sanitaria borbonica» (O. GRECO, *Matti del sud*, in <https://www.giornaledistoria.net/wp-content/uploads/2019/06/Greco-Matti-del-sud-REV-5-6-19.pdf>, 2019, 1) certamente spicca Biagio Gioacchino Miraglia, il

anni, furono soprattutto espressione di quello «scarto» tra disegni «formalmente proposti» dal Legislatore e la loro concreta applicazione²⁷: nella convinzione che il reale carattere dei luoghi di reclusione debba essere rintracciato non nei generali modelli amministrativi, ma nelle complesse interazioni tra istanze di riforma del sistema penitenziario volte alla tutela dei diritti (anche delle donne) e atavici pregiudizi culturali che evidenziano la discriminazione di genere.

Peraltro, proprio le specificità del manicomio criminale di Aversa devono essere interpretate alla luce dell'intenso dibattito apertosi con gli esponenti dell'antropologia criminale, il cui pensiero – indirizzato ad una politica della giustizia penale finalizzata alla difesa sociale – aveva evidenziato l'urgenza di un progetto legislativo che autorizzasse, anche in Italia, l'apertura di sezioni speciali nei frenocomi civili, al fine di risolvere la drammatica condizione di congestione e soprattutto promiscuità delle carceri del regno. Inoltre, l'attuazione dei manicomi criminali rappresentava la vittoria della Scuola Positiva sulla Scuola classica, e l'affermazione del concetto della delinquenza come malattia e della pena come cura²⁸. La realizzazione di apposite sezioni riservate alle alienate, peraltro, sembra andar oltre la mera necessità di apportare modificazioni architettoniche agli asili

cui contributo alle istanze riformatrici, i singolari approcci del suo pensiero di frenologo al comportamento umano e, di riflesso, al tipo di assistenza e di cura da destinare ai folli, sono imprescindibili e richiederebbero un respiro di argomentazione che in questa sede non sarà possibile. Pertanto, sul suo profilo biografico e sulla congiuntura politica che segnerà le scelte ed il percorso professionale, maggiori ragguagli, seppur sintetici, potranno rinvenirsi in G. ARMOCIDA, s.v. «Biagio Miraglia», in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. LXXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2010, in http://www.treccani.it/enciclopedia/biagio-miraglia_%28DizionarioBiografico%29/; ma anche in S. BARAL, *Il frenologo in tribunale. Nota per una ricerca sul caso italiano*, in *Criminocorpus*, 2016, in H. MÉNARD, M. RENNEVILLE, *Folie et justice, de l'Antiquité à l'époque contemporaine*, in <http://journals.openedition.org/criminocorpus/3144>. E ancora, M. PIGNATA, *Il contributo della frenologia nei palazzi di giustizia. Le Questioni medico-forensi di Biagio Gioacchino Miraglia*, in F.E. d'Ippolito, M. Pignata (a cura di), *Arbor alienationis*, Capua, 2020, 1-24; ID., *La cura dei folli nel Progetto di Stabilimento per alienati proposto da Biagio Gioacchino Miraglia*, in *Historia et Ius*, 19, 2021, 1-25.

27 R. DI COSTANZO, *Dal decreto istitutivo del manicomio di Gioacchino Murat alla legge di riforma dell'assistenza sociale n. 328/2000. Appunti per un profilo storico*, in *Le case dei matti*, cit.

28 «Il manicomio criminale è il policlinico della delinquenza; e sotto questo aspetto esso costituisce uno dei maggiori vanti della nostra Nazione»: F. SAPORITO, *Il manicomio criminale e i suoi inquilini*, in *Rivista di discipline carcerarie*, 1908, 361.

per adattare il ricovero alla condizione dei diversi casi clinici, piegandosi all'attitudine moralizzante delle nuove teorie scientifiche. Ed infatti, complice ancora una volta l'ampliarsi della categoria della devianza morale e sociale, il *pervertimento de' sentimenti* femminili diviene fenomeno da confinare per evitare che esso rappresenti un pericolo per gli altri degenti e per il pubblico decoro²⁹.

E fu così che, nel 1876, il direttore generale degli Istituti di prevenzione e pena, Martino Beltrani-Scalia, per far fronte al ritardo legislativo circa l'istituzione di manicomi per delinquenti folli, inaugurò con un atto amministrativo la *Sezione per maniaci* nella Casa penale per invalidi di Aversa, ospitata nell'antico convento cinquecentesco di S. Francesco di Paola, adibito a luogo di culto fino al 1808. La *Sezione per maniaci*, diretta da Gaspare Virgilio³⁰, fu il primo tra gli *stabilimenti speciali per condannati incorreggibili*³¹ e accolse, per tanti anni, uomini e donne non prosciolti/e per infermità mentale ma, soprattutto, soggetti impazziti durante la detenzione o detenute/i in attesa di perizia. L'urgenza di attivare velocemente una sezione *ad hoc* fu dettata, secondo il racconto di Filippo Saporito, allievo di Virgilio e suo successore, per la difficoltà di poter accogliere nei manicomi civili i *delinquenti impazziti*:

29 F. RAUSO, *Il debil sesso privo di mente nelle Reali Case de' Matti di Aversa. Sul progetto di costruzione di un manicomio femminile*, in G. Palermo, R. Perrella (a cura di), *La società dei folli*, Capua, 2021, 178-179.

30 «Virgilio, studioso, come si diceva all'epoca "dell'anima criminale", convinto assertore dell'"origine morbosa della delinquenza", credeva fermamente nell'opportunità di assicurare una vigilanza particolare ai detenuti maniaci»: C. CARRINO, *Dalla cura morale*, cit., 33. Per una lettura del pensiero di Gaspare Virgilio a proposito dell'istituzione dei manicomi criminali, cfr. G. VIRGILIO, *Sulla Istituzione dei Manicomi Criminali in Italia*, in *Archivio Italiano delle Malattie Nervose*, Milano, 1877, anno XIV, fasc. V e VI, 29.

31 «Nel 1878 si svolse ad Aversa il secondo congresso della "Società Freniatria Italiana", durante il quale fu sollecitata l'istituzione dei manicomi criminali, richiesta ribadita anche nel successivo Congresso tenutosi nel settembre del 1881 a Reggio Emilia, i cui partecipanti chiesero che fosse approntato un apposito progetto di legge, di fatto presentato nell'aprile del 1884. Constatato che la sezione per maniaci di Aversa non era in grado di accogliere i pazzi criminali di tutto il Regno, e preso atto dell'elevato costo che comportava il trasferimento di detenuti provenienti dalle regioni del centro e del nord della penisola, fu proposta l'apertura di un altro istituto situato in una località del centro Italia, salubre e abbastanza isolata da non arrecare disturbo agli abitanti del territorio»: cfr. A. BORZACCHIELLO, *La grande Riforma. Breve storia dell'irrisolta questione carceraria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2-3, 2005, 42. Nacquero così, dopo quello di Aversa, i manicomi di Montelupo Fiorentino (1886), Reggio Emilia (1892), Napoli (1922), Barcellona Pozzo di Gotto (1925), Castiglione delle Stiviere (1939), Pozzuoli (1955).

«Quei speciali inquilini, nei manicomi comuni, andavano a rappresentare scene di terrore, che vi portavano lo scompiglio».³²

Bisognerà attendere il Regio Decreto 1 febbraio 1891 n. 260, al quale in gran parte aveva lavorato Beltrani-Scalia, che introdusse ufficialmente, tra gli stabilimenti speciali, i manicomi giudiziari³³.

3. Il manicomio criminale, tra il 1891 e il 1904, ebbe una duplice direzione, sanitaria e amministrativa, poi solo sanitaria come riflesso di un duro e longevo scontro tra la scuola positiva e la scuola classica di diritto penale che si trascinò fino al Codice Rocco che legittimò pienamente la coercizione per cura del reo folle in nome della difesa sociale, sostituendo la pena con la misura di sicurezza e la detenzione in carcere con l'internamento. Prima del 1930, il Codice Zanardelli, che prevedeva solo il proscioglimento per «infermità mentale», non aveva prestabilito l'istituzione di case per alienati rei, ma se ne occupò il *Regolamento generale carcerario* del 1891³⁴ e la «legge manicomiale» del 1904³⁵. Solo il legislatore fascista, per la prima volta, andrà a regolamentare i manicomi giudiziari in una legge del Regno³⁶. Nel 1941 gli internati nei manicomi

32 F. SAPORITO, *Il manicomio criminale*, cit., 362.

33 Per la ricostruzione storica della nascita dei manicomi giudiziari si vedano: A. BORZACCHIELLO, *Alle origini del manicomio criminale* in G. Pugliese, G. Giorgini (a cura di), *Mi firmo per tutti. Dai manicomi criminali agli ospedali psichiatrici giudiziari, un'inchiesta e una proposta*, Roma, 1997, 71 ss.; ID., *I luoghi della follia. L'invenzione del manicomio criminale*, 2007; R. CANOSA, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità ad oggi*, Milano, 1979; I. CAPPELLI, s.v. *Manicomio giudiziario*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975; F. COLAO, *Un'«esistenza mezza legale mezza no». Il manicomio giudiziario nell'Italia liberale*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, C. Valsecchi (a cura di), *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane*, Macerata, 2011, 439 e ss.; A. MANACORDA, *Il Manicomio giudiziario: cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di un'istituzione totale*, Bari, 1982; F. PAOLELLA, *Alle origini del manicomio criminale*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, 75, 2011, 1, 33-43; G. MELANI, *La funzione dell'OPG. Aspetti normativi e sociologici*, in <http://www.adir.unifi.it/rivista/2014/melani/introduz.htm>.

34 Agli articoli da 469 a 480, *Disposizioni speciali per i manicomi giudiziari, stabilimenti speciali per la repressione e cura dei condannati colpiti da alienazione mentale*.

35 Legge 14 febbraio 1904, n. 36, nota anche come legge Giolitti.

36 Per una lettura sulle novità apportate dal codice Rocco, si rinvia a A. BORZACCHIELLO, *I luoghi della follia*, cit.

giudiziari raggiunsero il numero massimo di 3432³⁷, masse umane che si accalcarono in luoghi che, fin dalla loro istituzione, rappresentavano veri e propri laboratori naturali di indagine sociale dove gli uomini e le donne, pur nell'atrocità del contesto nel quale erano reclusi, subivano trattamenti diversi e perciò diverso l'impatto che la detenzione ebbe per gli uni e per le altre, diverso il modo di viverla, diverse le conseguenze. E sebbene pena e reclusione non dovrebbero essere condizionate dalla differenza di genere, proprio nella sfera reclusiva del frenocomio giudiziario la discriminazione si manifestò su più fronti: età, genere, estrazione sociale e tipologia di reato. Tra le ulteriori variabili, sulle quali si imperniò la realtà vissuta nel manicomio, ed espressioni delle molteplici contraddizioni di quell'universo detentivo, in primo luogo emergeva proprio il contrasto tra le regole vigenti e la loro concreta applicazione attraverso la quale la discriminazione si realizzò in lungo e in largo, come nel caso dei problemi organizzativi che minavano l'obiettivo di curare e preservare la comunità di folli delinquenti; ed ancora: le mancanze nell'attuazione dell'organizzazione del lavoro, le cui pratiche inficiavano il principio di uguaglianza di trattamento, posto formalmente a fondamento della conduzione dello stabilimento per alienati. Le attività svolte dai folli rei e rei folli erano, infatti, distinte per genere cosicché, all'interno di quei luoghi della follia 'criminale', gli uomini e le donne internati sembrarono ingaggiare una battaglia dolorosa ed estenuante per «affermare il loro diritto di esistere nella differenza»³⁸:

le donne erano per lo più occupate in attività di supporto alla vita del manicomio (dal semplice aiuto agli infermieri al lavoro in cucina e in lavanderia) ovvero impegnate nelle sale di lavoro a cucire vesti e camicie, tessere, tingere tessuti. Nelle ricostruzioni degli alienisti del tempo, molti lavori degli uomini potevano convenire alle donne, per esempio, la coltivazione dei campi ma, ciò nonostante, si dovevano preferire per esse le occupazioni ordinariamente loro riservate nel contesto domestico.³⁹

37 Cfr. L. BENEVELLI, *La nascita del manicomio criminale, dal manicomio criminale all'ospedale psichiatrico giudiziario: evoluzione storico e culturale*, in <http://www.psychiatryonline.it/node/4915>.

38 Cfr. C. CARRINO, *Luride, agitate, criminali*, cit.; S. RE, *Tutti i segni di una manifesta pazzia. Dinamiche di internamento femminile nel manicomio di Colorno (1880-1915)*, Milano, 2014; M. STARNINI, *Follie separate. Genere e internamento manicomiale al San Niccolò di Siena nella seconda metà dell'Ottocento*, Pisa, 2014.

39 C. DI CARLUCCIO, *Il lavoro negli istituti manicomiali del XIX secolo*, in F.E. d'Ip-polito, M. Pignata (a cura di), *Arbor alienatios*, cit., 105.

Inoltre, vi erano, in un ambiente teoricamente caratterizzato dal livellamento dei bisogni e delle esigenze, – a dispetto dei regolamenti – privilegi in base allo *status* sociale delle internate:

erano variamente combinate situazioni che oggi potremmo ricondurre a discriminazioni multiple, per cui la posizione della lavoratrice di “classe elevata” assai differiva da quella della internata più povera.⁴⁰

Ma i privilegi erano dettati soprattutto dal contesto istituzionale manicomiale caratterizzato da esplicite relazioni di potere dove l'identità di genere era spesso il denominatore comune di comportamenti tesi a confermare stereotipi di ruolo e, in alcuni casi, tali da creare «spazi di potere» determinanti nella risoluzione o nel miglioramento della condizione di internamento. Le incoerenze della realtà quotidiana nel manicomio criminale, pur nel susseguirsi delle riforme legislative, rafforzavano l'idea di luoghi inaccessibili, capaci di annullare personalità e inclinazioni degli individui che lo abitavano. E proprio le sezioni femminili subiranno appieno tali incoerenze e – con un sistema diffuso di piccole violenze e metodica coercizione tendenti a cronicizzare irreversibilmente lo stato di prostrazione, senza alcuna possibilità di recupero – segneranno per sempre la vita di detenute che, una volta internate, difficilmente avrebbero avuto alcuna opportunità di riscatto. Tra queste la posizione più difficile era quella delle internate che venivano rinchiusse nel manicomio giudiziario piuttosto che in un istituto di pena ordinario perché si erano macchiate di atti di violenza contro le persone della famiglia, esse, a prescindere dalle posizioni prese dalle famiglie di appartenenza «in dipendenza sia della tipologia di reato commesso, sia della funzione nell'ambito familiare assolta dalla donna»⁴¹, non avevano la possibilità di ritornare ad una vita normale. Per comprendere appieno le discriminazioni e le violenze subite da quelle donne c'è tutto un corredo di cartelle cliniche⁴² che possono raccontare il dolore che trasudava dalle mura di quelle celle nelle quali erano recluse, perché scarse e ‘poco attendibili’ le testimonianze delle ‘sopravvissute e redente’. Non mancavano sistemi sperimentali per «correggere le anomalie» delle loro condotte. Diverse terapie di choc provocavano febbri violente, convulsioni e coma, si credeva che

40 C. DI CARLUCCIO, *Il lavoro negli istituti manicomiali del XIX secolo*, cit., 105.

41 C. CARRINO, *Luride, agitate, criminali*, cit., 65.

42 Per una lettura delle cartelle cliniche si rinvia a D.S. DELL'AQUILA, R. ESPOSITO, *Cronache da un manicomio criminale*, Roma, 2013; C. CARRINO, *Luride, agitate, criminali*, cit.

lo scontro fra diversi stati patologici avrebbe portato al risanamento. Lo scompenso organico che si pensava alla base delle patologie psichiatriche veniva «risolto» anche con l'alternanza di bagni caldi e freddi, con la cosiddetta *terapia del riposo*, ovvero legare le donne a letto per lunghi periodi, con le iniezioni di insulina che nei casi di schizofrenia inducevano uno stato comatoso, e con l'inoculazione dell'agente patogeno della malaria in modo da provocare fino a dieci attacchi di febbre altissima nel giro di breve tempo. Nel 1938 si aggiunse l'elettroshock, che secondo i sanitari avrebbe calmato le pazienti. Ebbene, nessuna moriva per malattia mentale, erano il deperimento fisico, l'anoressia, il collasso, le bronchiti, l'emorragia cerebrale e la paralisi cardiaca le cause più frequenti dei decessi. Ed è proprio a causa della morte tragica di una di loro che il tema della violenza nei manicomi criminali comparve, per la prima volta, sulla scena politica italiana.

La donna in questione era Antonietta Bernardini, internata nel manicomio giudiziario femminile di Pozzuoli, nella sezione «Agitate e coercite», arsa viva il 27 dicembre 1974. Era, in quel momento, legata al letto di contenzione mentre il materasso prendeva fuoco e le fiamme si svilupparono così rapidamente che, quando riuscirono a liberarla, il suo corpo era ormai ricoperto di ustioni e la morte giunse dopo una agonia di quattro giorni. Il 31 dicembre Antonia Bernardini si spegneva all'ospedale Cardarelli di Napoli. Era una donna che aveva «addosso lo Stato tutto intero». Così nella narrazione di Graziella Durante e Giovanna Ferrera:

Di urgenza in urgenza, la detenuta, l'internata, la malata, la criminale Antonia Bernardini arriva nell'ex-convento di Pozzuoli, a picco sul mare. Qui per cinque giorni è legata al letto di contenzione senza alcuna motivazione reperibile negli atti. I quattordici mesi che seguono sono il normale svolgimento della vita di un'internata in custodia cautelare all'interno di un lager. Un luogo che solo l'ipocrisia sociale definisce, ancora oggi, ospedale psichiatrico-giudiziario o anche casa di cura e custodia. Antonia subisce misure disciplinari disumane che hanno come unico scopo quello di rendere mansueti i corpi e rispettose le menti. Corpi considerati dalla medicina e dalla legge ordigni esplosivi da immobilizzare con le fascette, con i legacci della *camisolle chimique*, una somministrazione di farmaci invalidanti che, a partire dagli anni Cinquanta, la psichiatria sperimenta sulle cavie dimenticate dal mondo. A garantire la piena realizzazione di questo metodico piano di disumanizzazione, la vigilanza delle suore, ancelle spirituali della *rieducazione* delle prigioniere. Dalla sala di rianimazione del Cardarelli dove viene condotta d'urgenza il 28 dicembre del 1974 con gravissime ustioni su tutto il corpo, mentre lotta tra la vita e la morte, Antonia dichiarerà al pubblico ministero: "C'è una suora, Anna Teresina, che mi metteva ai lavori forzati. Ci legava come Cristo in Croce (...)" Ma non è

tanto la morte, quanto l'esito del processo a rappresentare la vera 'tragedia': Dopo il processo di primo grado, che commina qualche responsabilità, arriva la sentenza d'appello: nessun è imputato è colpevole. Che la Bernardini fosse legata rientrava nelle possibilità terapeutiche a disposizione dei medici. Quello in cui è arso un letto con dentro una donna, era dunque uno scenario lecito. Se fosse una storia passata, potremmo dire che l'umanità degli uomini è comunque un valore in divenire.⁴³

43 G. DURANTE, G. FERRARA, *Morire di classe. Storia di Antonia Bernardini, subalterna e sconfitta*, in <https://operavivamagazine.org/morire-di-classe/>.

PAOLO SIANI
BAMBINI INNOCENTI IN CARCERE
CON LE LORO MAMME:
TRA LIBERTÀ E LEGAME MATERNO

«Nessuna mamma vorrebbe mai scegliere per i propri figli tra due mali, il carcere o l'allontanamento del bambino in tenerissima età. Anche se la mamma ha commesso un reato e sa che prima o poi un giudice la invierà in un carcere per espiare la sua pena, non vorrebbe mai abbandonare il suo bambino»¹.

Queste parole della scrittrice Rossella Postorino introducono e spiegano molto bene di cosa stiamo parlando e del perché è importante farlo sempre di più.

«Per due anni e mezzo mi sono seduta accanto a loro e ho intonato canzoni per distrarli, li ho aiutati a mangiare, ho cambiato loro il pannolino, li ho lavati e messi a dormire, tenuti in braccio e rincorsi, e verso le sette di sera, assieme agli altri volontari, li ho lasciati in galera, perché era lì che abitavano. Ogni volta sono scesa dal pulmino su via Bartolo Longo e, senza poter fare nulla, li ho visti rientrare, spesso smarriti; alcuni piangevano. Forse erano solo stanchi, non erano abituati a una porzione così abbondante di mondo. Forse lo sapevano, che quel mondo sarebbe stato loro sottratto per altri sette giorni: si sarebbe ridotto di nuovo a una cella, una striminzita sala con qualche giocattolo e le sbarre alle finestre, e un cortile per fortuna aperto otto ore al giorno. Anche se erano felici di tornare dalla mamma, quella sottrazione dalla vita la intuivano, la pativano»².

Ecco, parliamo di sottrazione della vita. Poco, molto poco considerata dal legislatore.

«I miei bambini soffrivano troppo qui, adesso finalmente sono liberi» così aveva detto la madre, Alice Sebesta, 33 anni, detenuta nella sezione Nido del carcere di Rebibbia di Roma, arrestata il 28 agosto 2018 per traffico internazionale di droga, che ha preso in braccio i suoi due figli e li ha lanciati dalle scale della sezione Nido del carcere. Faith, di soli sei mesi, è morta sul colpo mentre il fratellino, Divine, di 18 mesi, è stato trasportato con urgenza in ospedale dov'è deceduto poche ore dopo.

Toccanti, ma decise e sferzanti le parole dell'omelia del cappellano di Rebibbia:

1 R. POSTORINO, *Quei figli imprigionati*, in *La Stampa*, 4 giugno 2022, 30.

2 *Ibidem*.

«Siamo qui perché possiate sentire il nostro affetto. Anche la vostra mamma che pure ha messo fine alla vostra vita in questo modo, voleva essere qui con voi, ma non è stato possibile. Che Dio abbia misericordia di lei.

Sui bambini purtroppo ricadono le vite logorate degli adulti. Come voi ci sono altri 66 piccoli detenuti. Si dice basta bimbi in carcere ma poi niente cambia. Spero che il Ministro della Giustizia adesso faccia qualcosa in tal senso. Sarete per sempre gli angeli custodi di Rebibbia»³.

Queste parole mi hanno fatto molto riflettere e al tempo stesso mi hanno spinto a fare qualcosa, perché allora sedevo tra i banchi della Camera dei deputati e potevo e dovevo fare qualcosa, così da quel giorno ho iniziato a occuparmi di questi bambini e delle loro mamme reclusi.

Ma bisogna analizzare prima alcuni dati e partire dalla bassa incidenza statistica della delinquenza femminile per comprendere lo scarso interesse nei confronti della detenzione delle donne.

Le donne in carcere sono circa 2.248 sul totale di 54.372 (circa il 4 per cento) e la stragrande maggioranza per reati minori.

Rappresentano infatti una minoranza della popolazione carceraria, e rispetto alle loro condizioni di reclusione persiste una scarsa informazione.

Le donne con figli al seguito o in stato di gravidanza rappresentano una percentuale ancora più piccola ma non per questo da sottovalutare, per tanti motivi che proverò a illustrare.

A gennaio 2023 le donne detenute con figli erano in totale 15 (6 italiane e 9 straniere) con 17 bambini. Di queste 9, cioè più della metà, si trovavano nell'ICAM (Istituti a custodia attenuata per detenute madri) di Lauro, in provincia di Avellino. A settembre 2022 erano 24 donne con 26 bambini (13 a Lauro).

Ma a dicembre 2018, prima della pandemia, erano detenute ben 47 donne e 52 bambini.

Nella tabella 1 vengono riportati il numero di donne e bambini negli ICAM dal 1993 al 2022 e il numero dei bambini non è mai stato superiore a 83 nel 2001⁴.

La psicologia ci avverte che esiste la «sindrome da prigionia»⁵ per cui i bambini detenuti possono sviluppare difficoltà nel gestire le emozioni,

3 CORRIERE DELLA SERA, Roma cronaca, 27/9/2018, https://roma.corriere.it/notizie/cronaca/18_settembre_27/roma-detenuta-uccide-figli-rebibbia-funerali-d_ue-bambini-a3230f72-c233-11e8-85a4-d6c3d427f951.shtml

4 Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica.

5 G. BIONDI, L. DAGA, *Notiziario internazionale*, 1989, 469.

e senso di inadeguatezza, di sfiducia, di inferiorità, che si accompagnano a un tardivo progresso linguistico e motorio, causato dalla ripetitività dei gesti, dalla ristrettezza degli spazi di gioco, dalla mancanza di stimoli.

Appare pressoché inevitabile, secondo l'esperienza degli operatori, che la detenuta trasmetta poi il proprio disagio sul figlio che è con lei. È anche vero che è difficile non credere che la condizione di detenzione non abbia degli effetti diretti ed indiretti sul bambino anche al di là di quanto egli possa risentire attraverso la condizione di detenzione della madre.

Relativamente a queste tematiche è apparso interessante poter verificare nell'ambito europeo alcuni dati di un'indagine svolta per conto della Fondazione Ford dalla *Alliance of non governmental Organization (NGOS) on Crime Prevention and Criminal Justice with the United Nations* e segnalati dalla rivista *Correction Compendium* che affrontava il tema: «*Mothers and children in prison*».

In questo lavoro venivano indicate alcune informazioni riguardanti i sistemi e le normative vigenti in numerose nazioni europee, americane ed asiatiche (sono stati esaminati 70 Paesi) accanto alla madre detenuta, e i modi e i tempi della relativa esperienza carceraria.

Nelle conclusioni si osservava che in alcune realtà nazionali, il bambino viveva in migliori condizioni dentro il carcere che nella comunità esterna. Per contro in altre nazioni la situazione nelle prigioni era sia fisicamente che psicologicamente dannosa o pericolosa per i bambini.

I bambini hanno il diritto di essere allevati dalla propria madre, di essere allevati in un ambiente che può offrire una positiva preparazione alla vita adulta.

Quindi si può, sia pure sinteticamente, affermare che è sempre più necessario considerare: il diritto del bambino di ricevere l'affetto materno, il rispetto dei bisogni di una persona particolarmente fragile quale è un bambino in tenera età, il dovere della comunità di rispondere comunque a tali bisogni e diritti.

Per tutte queste ragioni una delle prime attività che ho svolto da deputato è stato visitare le carceri, per vedere da vicino la situazione dei nostri istituti penitenziari.

Mi sono poi concentrato sugli istituti di custodia attenuata (ICAM), che accolgono mamme con i loro bambini fino all'età di 6 anni.

ICAM è un modello che propone sedi esterne agli istituti penitenziari e le dotazioni di sistemi di sicurezza sono non invasivi, comunque non riconoscibili dai bambini.

Sono arredati e strutturati per assomigliare il meno possibile a un carcere: i muri sono colorati, il personale di sorveglianza lavora solitamente

senza uniforme e armi, e ci sono educatori specializzati che aiutano le madri nella cura dei propri figli.

Ma sono pur sempre delle carceri.

Le case famiglie protette invece sono delle vere e proprie abitazioni anche molto accoglienti.

Insieme ad alcuni parlamentari della Commissione bicamerale infanzia e adolescenza mi sono recato presso l'ICAM di Lauro, in provincia di Avellino, ho visitato la sezione Nido del carcere di Rebibbia e ho visto anche quelle lunghe scale da dove la mamma ha scaraventato i suoi due bambini. E poi a Roma, con i volontari della Casa di Leda, ho visitato la casa famiglia che accoglie mamme detenute con i loro bambini.

Si tratta di una bella villa, confiscata a un boss della mafia, disposta su due piani, circondata da un giardino, con un grande salone dove i bambini possono giocare e ogni mamma dispone della sua stanza con bagno autonomo. Nulla fa pensare a un carcere.

Bambini così piccoli che vivono i primi anni della loro vita in un carcere rappresentano una vera follia. Anche perché, come dimostrano accurate evidenze scientifiche, i primissimi anni di vita dei bambini, al pari della fase di gestazione, sono fondamentali per il loro sviluppo cognitivo.

Nei primi mille giorni di vita l'ambiente in cui il bambino vive svolge un ruolo decisivo per lo sviluppo del suo cervello.

Sappiamo ormai con certezza grazie a molteplici evidenze scientifiche che i primi 3 anni di vita dei bambini sono decisivi per il loro sviluppo cognitivo. In questo periodo della vita più il bambino riceve stimoli dall'ambiente in cui vive (per esempio la lettura ad alta voce, la musica) più il suo cervello crea sinapsi.

Le esperienze precoci incidono su come si organizza il cervello e sul suo funzionamento: ciò che succede all'inizio ha un'influenza sul futuro.

L'Italia ha una legge, la n. 62 del 2011, che consente a una donna in gravidanza o con un bambino di età inferiore a 6 anni di scontare la sua pena in un ICAM o in case famiglia protette. Ma la legge non prevede alcun finanziamento per queste ultime. Non a caso, nel nostro Paese, ce ne sono soltanto due. Una a Roma e una a Milano.

Nella legge di bilancio di fine 2020 è stato istituito, grazie a un mio emendamento un fondo con una dotazione pari a 1,5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2021, 2022 e 2023, destinato a contribuire all'accoglienza di genitori detenuti con bambini al seguito in case famiglia protette e in case alloggio per l'accoglienza residenziale dei nuclei mamma-bambino. Ma ad oggi nessuna Regione ha provveduto a utilizzare questo finanziamento.

L'11 dicembre 2019 ho presentato una proposta di legge⁶ basata sull'idea di fondo che nessun bambino innocente debba varcare la soglia di un carcere, anche se attenuato. Perché è comunque un carcere. E non si può condannare nessun bambino a una vita ristretta, in un momento decisivo per la sua crescita.

I bambini in carcere con le mamme, ha ricordato la ministra Cartabia in audizione in Commissione infanzia a febbraio 2022, erano 16, la maggior parte dei quali nell'ICAM di Lauro, sono piccoli numeri, è vero, ma sono bambine e bambini in carne e ossa e hanno tutto il diritto di vivere una vita normale.

Proprio le mamme dell'ICAM di Lauro mi hanno raccontato che la prima parola che dicono i loro bambini all'età di un anno non è «mamma», bensì «apri». Perché è la parola che sentono più spesso pronunciare in carcere.

L'atmosfera che invece ho respirato nella Casa di Leda a Roma, in una bella villa confiscata a un boss mafioso, è certamente quella più adatta per un bambino.

Però scontare la condanna nella Casa di Leda non è automatico: ci vuole il via libera di un giudice. Quella detenuta sì, l'altra no. E quindi: per quel bambino la stanza pulita, il giardino, i giochi, i volontari; per l'altro le sbarre, i cancelli che sbattono, gli orari, le guardie penitenziarie. Un'iniquità insopportabile.

Sono quindi fermamente convinto che l'accoglienza delle detenute madri (come di quelle in stato di gravidanza) e dei loro figli in case famiglia protette è tra le modalità di detenzione alternativa dei genitori con bambini al seguito, sussistendone naturalmente i presupposti, quella in grado di assicurare la miglior qualità di vita dei bambini.

Non possiamo infatti provare a recuperare una donna che ha sbagliato e condannare il suo bambino a trascorrere i primi anni della sua vita in un carcere.

È una questione di civiltà, ma anche di diritti costituzionali negati. L'articolo 31 della nostra Costituzione recita che «la Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

A supporto di tale principio si inserisce la Convenzione ONU sui diritti dell'Infanzia che nell'art. 9 si pronuncia a favore di un mantenimento della relazione bambino e genitore in stato di detenzione.

Quasi all'unanimità con solo 7 voti contrari e due astenuti il 30 maggio 2022 la Camera dei deputati aveva approvato in prima lettura la mia proposta di legge.

6 Proposta di legge: SIANI ed altri: «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori» (2298).

La legge prevede l'istituzione delle case famiglia protette come l'unica scelta per far scontare la pena a una donna in stato di gravidanza o con un bambino fino a 6 anni di età. È previsto, infatti, l'obbligo per il Ministro della Giustizia di stipulare con gli enti locali convenzioni volte a individuare le strutture idonee ad ospitare case famiglia protette, alternative agli istituti a custodia attenuata per detenute madri (ICAM), ai quali si continuerà a fare ricorso soltanto laddove esistano esigenze cautelari di particolare rilevanza.

L'ICAM, che è pur sempre un carcere, offre una sistemazione più accogliente per il bambino, senza fare sconti di pena alla mamma detenuta.

Inoltre, si stabilizza il fondo costituito dall'art. 1, comma 322, della legge n. 178 del 2020, al fine di contribuire all'accoglienza di genitori detenuti con bambini al seguito in case famiglia protette, prevedendo che i criteri individuati per il riparto delle risorse del fondo fra le regioni possano essere aggiornati con cadenza triennale.

La proposta di legge vuole così superare le criticità emerse in sede di applicazione della legge n. 62 del 2011, che prevedeva già la realizzazione delle case famiglia protette ma senza oneri per lo Stato. Per cui in Italia ci sono attualmente 5 ICAM e solo due case famiglie protette, una a Roma e una a Milano.

La legge obbliga il Ministero della giustizia a stipulare con gli enti locali convenzioni volte a individuare le strutture idonee per realizzare case famiglie e i Comuni dovranno utilizzare come case famiglia protette prioritariamente immobili di loro proprietà e dovranno adottare i necessari interventi per consentire il reinserimento sociale delle donne una volta espia la pena detentiva.

Nessun bambino, quindi, varcherà più la soglia di un carcere, non ci saranno cioè più bambini nella sezione nido di Rebibbia, per esempio, lì dove nel 2018 una mamma reclusa uccise i suoi due bambini di 6 e 18 mesi scaraventandoli giù dalle scale urlando «ora siete finalmente liberi» o dove una donna la scorsa estate fu costretta a partorire in piena notte.

La p.d.l. inoltre equipara alla condizione dell'ultrasessantenne – per il quale la custodia cautelare in carcere è consentita solo in presenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza – quella dell'imputato unico genitore di una persona con disabilità grave, e interviene sull'istituto del rinvio dell'esecuzione della pena, che viene esteso anche al padre di un bambino che abbia meno di un anno (quando la madre sia deceduta o comunque impossibilitata a dare assistenza ai figli) e alla madre (o al padre) di un figlio con disabilità grave che abbia meno di 3 anni.

Secondo il rapporto Space dell'ultimo Consiglio d'Europa, a gennaio 2020 c'erano in Europa 1608 bambini che convivevano con la madre in un istituto penale (dati di 37 amministrazioni), di cui 57 in Italia.

Alla luce della normativa vigente nei diversi Paesi europei, il limite massimo di età per la permanenza dei bambini in carcere è variabile tra le nazioni. In Inghilterra, circa il 60% delle donne detenute ha figli minori, di cui solo il 3% ha la possibilità di tenere presso di sé il bambino.

Al bambino è consentito di vivere con la madre detenuta fino ad un massimo di 18 mesi di vita, ad eccezione di specifiche circostanze in cui i due possono, oltre i 18 mesi di vita del bambino, risiedere nelle «Mother and Baby Units».

Il termine massimo di età è invece di 3 anni in Portogallo e in Spagna, mentre in Finlandia il bambino può vivere in carcere con la madre fino all'età di 2 anni.

In Francia non è previsto un limite di età per il bambino ma l'età media dei bambini in carcere con le mamme è inferiore ad un anno di vita.

Le medesime condizioni sono rispettate in Lussemburgo, dove la richiesta di ammissione del bambino viene analizzata a seconda del caso, insieme ad un Giudice del Tribunale dei Minori.

Questa proposta di legge italiana piuttosto avanzata rispetto agli altri Paesi europei offre uno strumento giuridico per dimostrare che il Parlamento vuole lottare per tutti gli innocenti, iniziando proprio dai bambini. Ora bisognerà fare in modo che venga in fretta esaminata anche dall'altro ramo del Parlamento prima che termini la legislatura per non rendere vano un lavoro lungo e difficile durato oltre due anni.

Molto resta ancora da fare per rendere le nostre carceri luogo di rieducazione così come stabilisce la Costituzione.

Con la fine anticipata del governo Draghi però era terminato anche l'*iter* della legge che infatti non è riuscita a passare anche l'esame al Senato.

Tutto lavoro perso? Sembrava effettivamente di sì.

Invece la capogruppo Pd alla Camera Debora Serrachiani, già firmataria della mia proposta di legge, ha deciso di ricorrere alla deliberazione d'urgenza, una norma prevista dal regolamento della Camera per quei provvedimenti approvati nella precedente legislatura solo in un ramo del Parlamento, per chiedere che la stessa proposta venisse discussa di nuovo con i caratteri d'urgenza.

L'Assemblea della Camera il 17 gennaio 2023 ha approvato la proposta con 128 voti favorevoli e 143 astenuti. Il centrodestra, infatti, che nella precedente votazione, nella scorsa legislatura, aveva votato a favore della legge, questa volta si è astenuto. Per cui, già mercoledì 1 febbraio, la proposta di legge ha iniziato il suo nuovo *iter* in Commissione giustizia e potrà, speriamo rapidamente, arrivare in aula per l'approvazione finale e poi ci sarà tutto il tempo di esaminarla anche al Senato.

Si potrà così finalmente mettere fine a condizioni di vita inaccettabili per bambine e bambini figli di detenute.

Infine, la domanda che ci si dovrebbe porre al termine di questa riflessione è: chi si prenderà cura di queste bambine e di questi bambini che hanno avuto un inizio di vita così sfavorevole? Perché, se nessuno si prenderà cura di loro, è molto difficile che non seguiranno le orme delle madri e dei padri. E ce ne occuperemo invece quando, più grandi, incapperanno nelle maglie della giustizia minorile.

La vera sfida quindi per la società è sottrarli a un destino che per loro sembra già segnato alla nascita.

tabella 1

Detenute madri e asili nido – Anni 1993 – 2022 (30 giugno 2022)

Data di rilevazione	Asili nido funzionanti e istituti a custodia attenuata per detenute madri	Asili nido non funzionanti	Detenute madri con figli in istituto	Bambini minori di 3 anni in istituto	Detenute in gravidanza
30/06/1993	18	7	59	61	N.R.
31/12/1993	17	6	55	57	N.R.
30/06/1994	13	9	62	62	N.R.
31/12/1994	18	5	32	35	N.R.
30/06/1995	16	7	46	47	N.R.
31/12/1995	16	5	31	31	N.R.
30/06/1996	15	6	42	45	N.R.
31/12/1996	16	6	44	46	N.R.
30/06/1997	17	6	47	49	N.R.
31/12/1997	17	3	51	52	8
30/06/1998	15	3	44	49	7
31/12/1998	14	4	41	42	4
30/06/1999	17	4	66	70	21
31/12/1999	14	1	58	60	13
30/06/2000	13	0	56	58	15
31/12/2000	15	0	70	78	33
30/06/2001	17	2	79	83	21
31/12/2001	18	3	61	63	15
30/06/2002	16	2	57	60	28
31/12/2002	15	1	56	60	16
30/06/2003	15	2	43	47	8
31/12/2003	15	2	53	56	25
30/06/2004	15	2	69	71	17
31/12/2004	15	2	56	60	24

30/06/2005	14	3	44	45	38
31/12/2005	15	2	64	64	31
30/06/2006	15	2	59	63	15
31/12/2006	14	2	48	51	17
30/06/2007	16	2	43	45	22
31/12/2007	18	1	68	70	23
30/06/2008	16	1	58	58	36
31/12/2008	18	1	53	55	18
30/06/2009	16	5	72	75	5
31/12/2009	18	0	70	73	11
30/06/2010	17	2	53	55	14
31/12/2010	17	1	42	43	6
30/06/2011	17	1	53	54	18
31/12/2011	17	3	51	54	13
30/06/2012	16	1	57	60	16
31/12/2012	16	2	40	41	5
30/06/2013	16	1	51	52	23
31/12/2013	17	6	40	40	17
30/06/2014	21	2	43	44	18
31/12/2014	15	5	27	28	9
30/06/2015	19	4	33	35	19
31/12/2015	18	7	49	50	12
30/06/2016	18	3	38	41	8
31/12/2016	17	5	34	37	9
30/06/2017	18	1	49	58	10
31/12/2017	18	1	50	56	7
30/06/2018	17	2	57	66	6
31/12/2018	17	2	47	52	3
30/06/2019	14	0	50	54	6
31/12/2019	13	2	44	48	2
30/06/2020	13	1	30	33	3
31/12/2020	8	1	28	29	2
30/06/2021	11	0	26	28	7
31/12/2021	12	0	16	18	6
30/06/2022	12	1	24	25	4

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica

Proposta di legge: SIANI ed altri: «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori» (2298).

FRANCESCO ROSSI
FIGLI MINORI E MADRI DETENUTE
Alla ricerca del best interest of the child

SOMMARIO: 1. La prospettiva dell'indagine. 2. I valori in gioco. 3. La disciplina vigente: punti di forza e criticità. 4. Le proposte di riforma dell'attuale sistema. Il DDL Siani.

1. Il tema oggetto delle brevi considerazioni che seguono ha un carattere spiccatamente trasversale, poiché lo studio dei rapporti tra figli minori e madri detenute nonché delle connesse tutele giuridiche deve fare i conti con lo specifico, peculiare contesto in cui tale relazione è collocata.

Il regime di detenzione carceraria ha regole sue proprie¹, ispirate da ragioni di sicurezza e di ordine pubblico, permeate dalla peculiare funzione che la Costituzione assegna all'intero sistema di irrogazione della pena.

È innegabile che la restrizione della libertà personale che subisce una persona imputata o condannata si ponga in stridente contrasto con quella libertà che, invece, dovrebbe essere garantita sempre a un soggetto minore di età, affinché possa sviluppare nel modo più ampio la personalità; non a caso, in più occasioni, si è parlato al riguardo di un «ossimoro»². Tuttavia, nel percorso di crescita verso la maturità il minore dovrebbe essere accompagnato e sostenuto da coloro che gli hanno donato la vita. Le norme dell'ordinamento squisitamente privatistiche mirano a valorizzare la relazione tra genitori e figli e a rendere percorribile questo cammino, puntellandolo con il riconoscimento di diritti e di doveri reciproci, e con

1 Legge 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, in più punti riformata nel corso degli anni, cui *adde* il novellato regolamento attuativo di cui al D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

2 A. LORENZETTI, *Maternità e carcere: alle radici di un irriducibile ossimoro*, in *Quest. giust.*, 2019, 2, 151 ss.; E. CIMMINO, P. SIANI, *Bambini in carcere; bambini e carcere: un ossimoro tremendamente disumano, quanto attuale*, in *Diritto di difesa*, 2021, 3, 747 ss., che riporta, tra l'altro, i contenuti dell'intervista all'On.le Paolo Siani, primo proponente del disegno di legge di cui *infra*.

la previsione di tutele e rimedi di vario genere, e altresì disciplinando appositi istituti che opereranno ove le figure genitoriali manchino o non siano in grado di assolvere ai loro còmpiti.

Occorre, dunque, innanzitutto domandarsi se, qualora il padre o la madre o entrambi siano astretti in regime di detenzione, sia giusto recidere il legame o cercare di salvaguardarlo, anche in considerazione dei reati di cui si sono resi autori³. L'interrogativo è più stringente, quando il rapporto da disciplinare sia quello che intercorre fra un minore ancora in tenera età e la madre, poiché la relazione interpersonale fra i due è più simbiotica, attesa la naturale maggiore dipendenza, non solo psicologica ma anche fisica, che la connota. In tale ipotesi il legislatore ha optato tendenzialmente per una salvaguardia piena del rapporto, preferendo favorire, ove possibile, la convivenza tra genitrice e figlio, nonostante gli intuibili danni – in termini di traumi capaci di segnare in modo indelebile il prosieguo dell'esistenza⁴ – che il minore può subire nel vivere in un contesto assolutamente inappropriato per la sua età.

Còmpito del giusprivatista, al cospetto di un tema così delicato, è quello di recuperare tutto l'apparato di principi e di norme dei quali solitamente si avvale, affinché le scelte operate dagli interpreti ed eventualmente, in un prossimo futuro, dal legislatore tengano nel dovuto conto le peculiarità della relazione tra madri detenute e figli e lo scopo di realizzare in concreto, in una situazione tanto inusuale, ciò che venga reputato essere il «superiore interesse del minore».

3 Sebbene inquadrabile in una più ampia riflessione sui rapporti fra i genitori detenuti e la loro prole, esula dalla presente indagine la questione, molto controversa, della opportunità o no dell'ablazione della responsabilità genitoriale per i figli di soggetti mafiosi, al fine di evitare ai primi ogni rapporto con contesti criminali: in argomento, v., per tutti, F. RINALDI, «Famiglia mafiosa» e *decadenza dalla responsabilità genitoriale, tra diritti di unità e di autonomia dalla famiglia* e diritti di personalità del minore: percorsi rieducativi e non sanzionatori nella relazione familiare, in *dirittifondamentali.it*, 2019, 2, 1 ss. Come è noto, la decadenza del reo dalla responsabilità genitoriale o la sospensione dall'esercizio costituiscono le più frequenti conseguenze civilistiche derivanti dalla consumazione di reati in danno di minori, con la inevitabile interruzione della relazione: sul punto, v. M. PALADINI, *Profili civilistici delle fattispecie penali minorili*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022, 215 ss.

4 Sul punto, v. le parole dell'On.le Siani, pediatra, in E. CIMMINO, P. SIANI, *Bambini in carcere; bambini e carcere: un ossimoro tremendamente disumano, quanto attuale*, cit., 758 ss.

2. L'apertura alla dimensione sovranazionale ha prodotto un evidente arricchimento delle fonti del diritto minorile⁵. In particolare, la progressiva implementazione dei principi della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo⁶ nel tessuto normativo interno ha implicato talvolta la modifica di norme esistenti, talaltra l'introduzione di nuovi istituti giuridici, sino a promuovere importanti riforme nei tanti settori del diritto italiano che vedono coinvolti i minori di età⁷, e a supportare – orientandola in senso evolutivo e più rispondente all'interesse del minore – l'attività decisionale della giurisprudenza, chiamata a dare risposta a complesse e diversificate istanze. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000⁸ ribadisce la preminenza dell'interesse superiore del minore, con l'obiettivo di garantirgli la protezione e le cure necessarie al suo benessere.

I suddetti principi, in piena sintonia con i valori proclamati dalla Costituzione, hanno rinforzato, sul piano del diritto positivo, la tutela dei minori. La valorizzazione del minore come soggetto di diritto – un soggetto sì in formazione, ma già titolare di un'ampia gamma di diritti⁹ – e

5 V. diffusamente M. BIANCA, *Le fonti del diritto civile minorile*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., 1 ss.

6 Si tratta della nota Convenzione approvata a New York, in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, nella quale il *best interest of the child* costituisce senza dubbio il principio cui è riservata preminente considerazione, rivestendo il ruolo di criterio cui improntare ogni tipo di decisione, legislativa e non. V., inoltre, la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77.

7 Da ultimo, basti pensare alla riforma sullo *status* unico di figlio: v. la legge 10 dicembre 2012, n. 219 e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (ma v. *infra*, par. 3, per le ricadute sul tema indagato). Sull'incidenza del principio del *best interest of the child* sul diritto penale, v. M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 21 ss.

8 La c.d. «Carta di Nizza», di cui v. l'art. 24.

9 Cfr. E. BATTELLI, *I diritti dei minori nell'ordinamento italiano, europeo e internazionale*, in Id. (a cura di), *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Torino, 2021, 1 ss., il quale evidenzia che i diritti riconosciuti in capo ai minori di età comprendono non solo quelli della personalità, ma anche quelli sociali, quali i diritti all'istruzione, alla salute e all'assistenza sanitaria, a vivere in condizioni adeguate allo sviluppo fisico e mentale, allo svago, nonché alla protezione in tutte le situazioni particolari di disagio (sfruttamento lavorativo ed economico, condizioni di infermità, marginalità sociale ecc.). L'A., peraltro, ricostruisce la svolta culturale nella considerazione del soggetto minore di età, confluita nelle fonti internazionali e nazionali, nella quale un ruolo decisivo è stato rivestito dagli studi di pedagogia dell'età evolutiva (*ivi*, 6 s.).

la ricerca continua di strumenti adeguati non solo alla sua protezione, ma anche alla promozione della sua personalità consentono all'interprete di fissare alcuni punti fermi.

Il minore ha diritto di crescere nella propria famiglia e, qualora non sia possibile, crescere, comunque, in una famiglia¹⁰. Il disegno costituzionale di cui agli artt. 29, 30 e 31 e l'attuazione dei principi internazionali innanzi menzionati¹¹ sembrano oggi rispecchiati, in particolare, nell'art. 315-*bis* c.c. e nelle norme in materia di adozione¹², dal cui combinato disposto si ricava il fondamentale diritto del minore a compiere un percorso affettivo, formativo ed educativo all'interno del suo nucleo familiare, comprensivo di tutti i parenti¹³, nel pieno rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, avendo voce in merito alle questioni che lo riguardano, ove dotato di capacità di discernimento¹⁴. Il collocamento del minore presso un luogo idoneo, pur dopo la recente riscrittura dell'art. 403 c.c.¹⁵, resta una soluzione eccezionale e residuale, di carattere transitorio, per fare fronte a situazioni di emergenza, in vista della individuazione delle misure di protezione più adeguate al caso concreto.

Pare evidente, dunque, che la salvaguardia del rapporto con i genitori sia, ove possibile, un obiettivo perseguito con vigore dal legislatore. Ciò risulta confermato dalla recente adozione di alcuni strumenti di *soft law*,

10 Tale diritto si configura come assoluto, esperibile nei confronti di tutti i terzi, pubblici e privati; e assume anche la veste di diritto di solidarietà, nel senso che reclama l'intervento dello Stato per la sua attuazione. In questo senso, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, 337.

11 V. spec. artt. 5 e 9 della richiamata Convenzione Onu.

12 Legge 4 maggio 1983, n. 184 (e successive modificazioni), significativamente intitolata «Diritto del minore ad una famiglia». Invero, gli istituti dell'affidamento familiare e dell'adozione, come prospettati dalla stessa legge che li disciplina, sono relegati a opzioni alle quali ricorrere nelle sole ipotesi, rispettivamente, di mancanza temporanea di un ambiente familiare idoneo e di oggettivo, e accertato giudizialmente, stato di abbandono morale e materiale: v., sul punto, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Padova, 2018, 276.

13 Invero, discorre significativamente di un «diritto all'amore» del minore, riflesso nel corrispondente dovere di assistenza morale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., 335, che risponderebbe all'«interesse a ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione».

14 *Ex multis*, cfr., di recente, G. RECINTO, F. DELL'AVERSANA, *I rapporti personali del minore*, in F. Rossi (a cura di), *Capacità e incapacità*, Napoli, 2018, 29 ss.

15 Cfr. A. THIENE, *Giudici e servizi sociali: il legislatore riscrive l'art. 403 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 309 ss.

volti ad evitare l'allontanamento del minore dalla famiglia e dal contesto di origine. L'Italia ha avviato un percorso virtuoso di sostegno alla genitorialità, cristallizzando in norme di rango secondario una serie di buone prassi sedimentate sul territorio e indirizzate, in vari modi, a garantire il benessere dei minori in difficoltà dal punto di vista psicologico, relazionale e ambientale¹⁶. Tale ultima osservazione permette di sottolineare come sia rilevante la considerazione della salute del minore, nella sua ampia accezione di benessere non solo fisico ma anche psicologico, che sposta l'attenzione verso tutti quei fattori in grado di incidere sul percorso di crescita del minore, affinché possa sviluppare armoniosamente la sua personalità.

Il contesto di fatto¹⁷, allora, già richiamato a proposito dei legami familiari, va tenuto presente in un senso più ampio, specificamente come idoneità, sotto il profilo della salubrità, dei luoghi nei quali il minore vive, e come possibilità di fruire dei servizi territoriali ivi accessibili (nido, scuola, spazi verdi, luoghi di svago e di aggregazione, strutture sanitarie ecc.). Ciò vale, in particolare, per i minori in tenera età, che si trovano nella prima fase dello sviluppo, nella quale si gettano le basi della personalità futura, che l'ambiente circostante può essere decisivo nel forgiare.

Se è evidente che l'ordinamento interno si sia evoluto, negli anni più recenti, verso un progressivo riconoscimento dell'autodeterminazione per i c.dd. «minori grandi» che siano capaci di discernimento, è altrettanto evidente che, invece, la logica protettiva permanga inalterata per i minori più piccoli, che sono privi di qualsiasi autonomia. Per questi ultimi giova richiamare non solo l'art. 31, co. 2, Cost., ai sensi del quale la Repubblica «protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo», così facendo riferimento alle prime stagioni della vita umana, ma anche la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (art. 2, lett. c e d, l. n. 833/1978), che pure mira ad assicurare «la tutela della maternità e dell'infanzia», all'uopo predisponendo gli appositi servizi da parte dello Stato. Queste disposizioni, di carattere programmatico, si proiettano in una direzione che, superando la più ristretta prospettiva dell'incapacità legale del minore, mira a concretizzare una protezione graduata in base allo

16 V., *amplius*, A. THIENE, *Gli affidamenti*, in A. Cordiano, R. Senigaglia (a cura di), *Diritto civile minorile*, cit., 299 ss., spec. 303 s.

17 Sulla rilevanza dell'elemento ambientale, inteso come luogo nel quale il legame con la madre è vissuto e si consolida, nella costruzione di un sano rapporto parentale, v. A. VESTO, *Madri detenute e figli minori: il ruolo della responsabilità genitoriale tra affettività e diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 101 ss.

stadio di evoluzione del soggetto e calibrata rispetto alle istanze di tutela che, nelle diverse fasi della crescita, si presentano tanto sul piano personale che su quello patrimoniale¹⁸.

3. Compete allo Stato farsi carico di tutte le situazioni critiche, di disagio e di marginalità, compresa quella rapidamente indagata in questa sede, nelle quali si può trovare un minore. Le su esposte esigenze di carattere generale – ossia quelle di preservare il suo legame con la madre nelle prime fasi della vita e di garantirgli un ambiente idoneo alla crescita –, trasposte nel contesto della detenzione¹⁹, hanno guidato il legislatore in un percorso di profonda evoluzione, che non può dirsi ancóra compiuto.

Il testo originario dell'art. 11, commi 8 e 9, ord. penit. (l. n. 354/1975), *in parte qua* ora sostituito²⁰, prevedeva servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere, e consentiva alle madri di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni; inoltre, per la loro cura e assistenza, prescriveva che dovessero essere organizzati appositi asili nido. L'apprezzabile intento di mantenere vivo il rapporto con la madre, evitando il trauma di una separazione, urtava con le gravi ripercussioni sullo sviluppo psico-fisico del minore derivanti da una condizione di vita in un ambiente chiuso e desocializzante qual è il carcere²¹. Le norme disvelavano, al contempo, l'idea, desueta e ristretta, della donna detenuta, considerata non tanto come persona ma in quanto “madre” o in procinto di divenirlo, prendendo in esame la posizione solo di colei che fosse costretta a tenere con sé in carcere un neonato o un figlio molto piccolo, per mancanza di altre soluzioni familiari²².

18 Cfr., in tal senso, F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore*, in A. Bucelli (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021, 1 ss., spec. 14 ss.

19 Per l'inquadramento generale, v. D.M. SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, IX, Torino, 2016, 242 ss.; A. LORENZETTI, *Maternità e carcere: alle radici di un irriducibile ossimoro*, cit., 151 ss.; S. GRIECO, *La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili*, in *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, online first 8 gennaio 2023, 1 ss.

20 La norma è stata dapprima modificata dall'art. 1, l. 12 gennaio 1977, n. 1, poi dall'art. 2, l. 17 aprile 1989, n. 134, e, successivamente, sostituita dall'art. 1, co. 1, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123. Nel testo vigente non vi sono più le previsioni riportate nel testo; ma v. ora l'art. 14, co. 7, ord. pen., di analogo tenore.

21 Cfr. L. CESARIS, *La salute nell'ordinamento penitenziario*, in A. Belvedere, S. Rondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 1139 ss.

22 In tal senso, v. P. GONNELLA, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, 6 ss.; F. MEOLA, *Detenzione e questioni di gene-*

In séguito, la tutela dei figli di madri detenute si è molto rafforzata e si è estesa oltre i suddetti limiti²³: le innanzi citate disposizioni, difatti, sono state affiancate, grazie a una intensa ricerca di soluzioni alternative al modello detentivo classico²⁴, da istituti diretti ad evitare che il minore viva nel carcere, quando ciò risulti compatibile con le esigenze della sicurezza²⁵. Il legislatore è intervenuto più volte, sia sul codice penale che su quello di rito, nonché sulla stessa legge penitenziaria²⁶, testimoniando un'attenzione via via crescente alle esigenze dello sviluppo psico-fisico dei minori e agli irreparabili danni connessi alla condizione detentiva carceraria.

Il ventaglio degli strumenti normativi resi disponibili, da attuare in luogo della detenzione in carcere, è, pertanto, il frutto di una lunga stagione di interventi riformatori, di portata più o meno ampia, che in parte hanno riscritto le norme esistenti, in parte hanno introdotto nel sistema i nuovi istituti. Peraltro, nella versione attualmente vigente delle norme, vi è la mano di accorti e sensibili rimaneggiamenti operati dalla Consulta²⁷,

re: *a proposito della condizione carceraria femminile*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 4, 130 ss.

- 23 Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione normativa, v. L. CESARIS, *op. loc. cit.*; D.M. SCHIRÒ, *Profili critici del trattamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1 ss., spec. 5 ss.; nonché EAD., *La valorizzazione dell'interesse del minore figlio di un genitore detenuto*, in *Penale. Dir. e proc.*, 2022, 1, 25 ss.
- 24 Cfr. P. GONNELLA, *op. loc. cit.*; F. MEOLA, *Detenzione e questioni di genere: a proposito della condizione carceraria femminile*, cit., 131 s.
- 25 V., in proposito, le osservazioni di M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, cit., 51 ss.
- 26 Sono stati introdotti il divieto di custodia cautelare in carcere, salve esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, per le imputate madri con prole di età inferiore a tre anni (art. 275, co. 4, c.p.p.); il differimento, obbligatorio e facoltativo, dell'esecuzione della pena, per le madri di minori piccoli, rispettivamente di età inferiore a un anno e a tre (artt. 146 e 147 c.p.); la semilibertà e la possibilità di usufruire della casa (art. 50 ord. penit.); la detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. penit.), in ordine alla quale si è anche innalzata a dieci anni l'età del minore da accudire, per l'accesso alla misura; la detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies ord. penit.), che consente di avvalersi della modalità esecutiva extramuraria, previo un determinato periodo di espiazione della pena; l'assistenza all'esterno di figli minori, quando le altre misure non possono essere concesse (art. 21-bis ord. penit.).
- 27 V. spec. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014, con nota di F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*; Corte cost., 8 marzo 2017, n. 76, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017, con nota di G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*; Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 48 ss. (s.m), con

che ha interpretato le disposizioni censurate in una direzione decisamente *child sensitive*, contribuendo – mediante l’eliminazione di preclusioni e automatismi – a far progredire la tutela del rapporto tra madri detenute e figli attraverso il maggiore accesso a forme di accudimento al di fuori del carcere²⁸. Di fronte alla sempre più avvertita esigenza di non fare ricadere le conseguenze negative delle restrizioni della libertà personale sui minori, soggetti terzi rispetto a una pena inflitta ad altri, la giurisprudenza ha valorizzato il principio del *best interest of the child* per fare fronte alla contrapposizione fra la pretesa punitiva dello Stato e la tutela dei minori, laddove, sul piano della esecuzione penitenziaria, l’accesso ai benefici volti a salvaguardare e intensificare la relazione si presenta come il risultato di un siffatto bilanciamento²⁹.

Ad evitare di procedere qui in una disamina analitica degli strumenti sopra richiamati, per la quale peraltro necessiterebbero adeguate competenze tecniche, vale la pena di ricordare che i principali provvedimenti che – per il loro valore simbolico e culturale, oltre che pratico – hanno impresso delle svolte all’anzidetta evoluzione sono stati la legge 8 marzo 2001, n. 40 (c.d. «legge Finocchiaro»)³⁰, e la legge 22 aprile 2011, n. 62³¹. Nell’intento di eliminare il triste fenomeno della c.d. «carcerizzazione degli infanti»,

nota di A. MENGhini, *L’esigenza di bilanciare in concreto l’interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un’altra preclusione*, annotata anche da D.M. SCHIRÒ, *L’interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile “normale” con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 11, 105 ss. Per una visione di insieme delle tappe percorse dalla giurisprudenza, v. A. LORENZETTI, *La giurisprudenza costituzionale sulla maternità reclusa. Il punto sullo stato dell’arte*, in *Consulta online*, 22 aprile 2020. Da ultimo, v. Corte cost., 3 febbraio 2022, n. 30, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1540 ss.

28 Cfr. G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 1347 ss.

29 In tal senso, G. LANEVE, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla “cecità” dell’automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 2078 ss., spec. 2084 ss.

30 Tale legge reca «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori». Per un commento alle novità da essa introdotte, v. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle madri detenute*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 805 ss.

31 Intitolata «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra madri detenute e figli minori». Per un quadro di insieme del provvedimento, v. F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. merito*, 2011, 2616 ss.; S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2011, 1 ss.; G. MASTROPASQUA, *La legge 21 aprile n. 62 sulla*

che già sul piano sociale aveva provocato sdegno ed emozione di fronte alla realtà di bambini innocenti costretti a scontare una pena senza avere commesso un reato³², la prima delle indicate leggi ha inteso estendere i presupposti applicativi delle misure alternative al carcere, ampliando le tutele per i figli, sia nell'infanzia che nella fase preadolescenziale, attraverso modalità tali da garantire un'assistenza materna continuativa e in un ambiente familiare, sempre che lo permettano le esigenze di difesa sociale³³. La seconda legge ha portato a compimento il disegno riformatore, rafforzando il quadro degli istituti processuali penali e penitenziari a tutela del rapporto fra il minore e la madre in stato di privazione della libertà personale, sia nei casi di custodia cautelare durante il processo, sia in quelli di condanna definitiva alla reclusione.

In particolare, alla l. n. 62/2011 si deve l'ampliamento del novero dei luoghi ove i bambini possono vivere con la madre, grazie alla disciplina degli Istituti a Custodia Attenuata per le Madri (conosciuti con l'acronimo I.C.A.M.), nonché alla previsione della istituzione di case-famiglia protette, destinati ad ospitare le detenute con i figli: essi rappresentano una soluzione innovativa al problema del bilanciamento fra le esigenze dei minori e quelle cautelari e di sicurezza e difesa sociale. Si tratta, in sostanza, di una sorta di forme specifiche di misure già esistenti, essendo speculari gli I.C.A.M. alla custodia cautelare in carcere, le case-famiglia agli arresti domiciliari³⁴.

Lo scopo della creazione di strutture *ad hoc* è quello di assicurare che il rapporto genitoriale si svolga in luoghi più consoni alla crescita di un bambino, caratterizzati – con riferimento agli I.C.A.M. – da un'architettura priva dei tradizionali segni dell'edilizia carceraria (ad esempio, le sbarre),

tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1853 ss.

32 Studi scientifici e l'esperienza degli operatori hanno dimostrato, nel tempo, quanto la carcerazione possa influire negativamente sulla crescita dei minori, esponendoli a situazioni disagiati e promiscue, alterando le normali dinamiche affettive e relazionali, e potendo favorire crisi di identità, comportamenti trasgressivi, incapacità di progettare il futuro e di essere padroni della propria vita. D'altro canto, poiché l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato, ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost., non può mai consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del reo, la possibilità di coltivare effettivamente il legame genitoriale si pone anche in questa direzione. Su tali aspetti, v. spec. G. MASTROPASQUA, *op. cit.*, 1854 ss.

33 Cfr. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle madri detenute*, cit., 807 ss.

34 Cfr. S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, cit., 2.

con dotazione di sistemi di sicurezza non riconoscibili dai bambini e gestiti da personale non in divisa, per creare un ambiente non ostile ai minori (per i quali ultimi, peraltro, sono previsti servizi e percorsi educativi e scolastici individualizzati, e la possibilità di uscite all'esterno); connotati, invece, riguardo alle case-famiglia protette, da *standards* ricavabili sulla base di indicazioni tipologiche (dimensioni, arredi, livelli di vigilanza ecc.) predefinite dal Ministero della Giustizia³⁵.

Poiché il progetto disegnato dal legislatore non avrebbe dovuto comportare «nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica», demandando, in particolare, agli enti locali l'individuazione delle strutture residenziali da adibire a casa-famiglia e la loro gestione, è evidente quale sia stata la principale criticità rispetto a una sua completa attuazione³⁶. Ad oggi, i numeri delle strutture previste dalla legge sono assai esigui e sembra essere rimasto vano il lodevole intento della creazione di una rete di strutture ricettive distribuite sul territorio, idonee a fare fronte alle effettive necessità³⁷.

4. Un rilevante apporto alla concretizzazione del superiore interesse del minore nel contesto considerato in questa sede è racchiuso in un progetto di legge, giunto a un passo dall'approvazione nella passata legislatura³⁸, quando, a causa della caduta del governo Draghi, è rimasto un mero progetto. In quest'ultimo era evidente come, sebbene le madri imputate/condannate con figli minori costituissero una quota ristretta della popolazione detenuta³⁹, il legislatore non volesse distogliere lo

35 Per ulteriori dettagli, v. F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, cit., 2616 ss.; G. MASTROPASQUA, *La legge 21 aprile n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, cit., 1859 ss.; E. CIMMINO, P. SIANI, *Bambini in carcere; bambini e carcere: un ossimoro tremendamente disumano, quanto attuale*, cit., 753 ss.

36 Sul punto, v. E. CIMMINO, P. SIANI, *op. loc. ult. cit.*; S. GRIECO, *La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili*, cit., 4 ss. Del resto, che questo sarebbe stato il nodo cruciale sul piano concreto era stato colto subito dalla dottrina: v. G. MASTROPASQUA, *op. cit.*, 1860.

37 Cfr. S. GRIECO, *op. loc. ult. cit.*

38 V. il DDL n. 2635, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, approvato dalla Camera dei Deputati il 30 maggio 2022, il cui testo è reperibile sul sito istituzionale del Senato.

39 V. l'ultimo Rapporto dell'Associazione Antigone – che, tra i suoi compiti, si prefigge di raccogliere e divulgare informazioni sulla realtà carceraria –, che censisce i numeri al 31 marzo 2022, registrandone una lieve flessione solo a causa della pandemia.

sguardo da situazioni tanto delicate e penose, sollecitato anche da tragici fatti di cronaca⁴⁰.

In sintesi, il DDL Siani (dal nome del primo proponente)⁴¹ intendeva modificare alcune norme del codice penale, del codice di procedura penale, dell'ordinamento penitenziario e della l. n. 62/2011, per rafforzare il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, per dilatare l'istituto del differimento della pena, e per rendere le case-famiglia protette il luogo di elezione nel quale far scontare la pena a una donna in stato di gravidanza o con un bambino fino a sei anni di età, al fine di garantire loro una migliore qualità della vita. Di guisa che la custodia negli I.C.A.M. sarebbe stata relegata a soluzione residuale, da adottare solo nei casi di sussistenza di esigenze cautelari di particolare rilevanza. Peraltro, la previsione di una dotazione di fondi a tale scopo stanziati nella finanziaria e l'obbligo in capo al Ministro della Giustizia di stipulare con gli enti locali convenzioni per dar vita alle strutture residenziali puntavano a superare gli ostacoli di carattere pratico ed economico, riscontrati nell'applicazione della l. n. 62/2011.

È auspicabile che la suddetta (o sostanzialmente analoga) proposta presto divenga legge e qualche segnale in questa direzione si intravede nella sua riproposizione nella vigente legislatura (prima firmataria l'On.le Debora Serracchiani)⁴².

Sul piano prettamente civilistico, non vi è dubbio che la spinta alla normalizzazione della relazione tra madri detenute e figli e le maggiori occasioni di esternalizzazione della convivenza possano produrre effetti positivi anche in ordine all'istituto della responsabilità genitoriale, limitando i casi nei quali una madre "rea" possa incorrere nella decadenza. Fermo restando che rilevano le specificità dei singoli casi concreti, la possibilità di col-

40 Il riferimento è a un episodio del 2018, relativo all'uccisione dei suoi figli – di sei e diciotto mesi – da parte di una madre reclusa nel carcere di Rebibbia, che aveva buttato gli stessi giù dalle scale della sezione nido dell'Istituto di pena. Allora, si levò forte il monito della Ministra Cartabia secondo cui mai più i bambini sarebbero dovuti stare in carcere, nel corso di un'audizione parlamentare alla Commissione Infanzia, riportato da tutti i principali *mass-media*.

41 Forte della sua formazione ed esperienza professionale, l'On.le Paolo Siani non ha mancato di diffondere presso gli organi di stampa le ragioni alla base della propria iniziativa, mettendo in risalto come, da un punto di vista scientifico, sia certo che il periodo della gravidanza e i primi due anni di vita dei bambini siano decisivi per lo sviluppo cognitivo di questi ultimi. L'ambiente circostante incide profondamente sullo sviluppo del cervello, sì che sarebbe assolutamente nocivo vivere questi periodi astretti in un carcere (P. SIANI, *Mai più bimbi reclusi con le mamme*, in *La Repubblica*, 3 giugno 2022, 14).

42 V. il *Dossier* n. 28 del Servizio Studi della Camera dei Deputati del 24 gennaio 2023.

tivare il rapporto con la prole eviterebbe, in alcuni di essi, che il regime di detenzione vada a integrare gli estremi di quell'“assenza” del genitore, prodromica all'accertamento dello stato di abbandono, nell'ambito del procedimento che conduce a un'adozione⁴³.

In sintesi, quelli di creare le condizioni affinché il minore, anche in una prospettiva più lunga e definitiva, non sia privato delle figure genitoriali, di fornirgli un ambiente idoneo alla crescita, e, al contempo, di offrire una *chance* di rinascita e un progetto di vita diverso alla madre costituiscono obiettivi che sembrano rispondere non solo al *best interest* del figlio, ma anche all'interesse (recessivo) della genitrice.

43 Il pericolo è paventato da S. GRIECO, *La relazione materna oltre le sbarre. Scenari attuali e prospettive possibili*, cit., 17 ss., che richiama la giurisprudenza recente della Cassazione sul punto, che, nel sottolineare una stretta connessione tra stato di abbandono del minore e condizione di reclusione, pare costruire una sorta di presunzione per cui la persona ristretta è di per sé incapace di attendere alle esigenze di cura del minore. V., inoltre, A. VESTO, *Madri detenute e figli minori: il ruolo della responsabilità genitoriale tra affettività e diritti umani*, cit., 111 ss., che prende in esame l'incidenza della diversa qualità delle fattispecie criminose sulla responsabilità genitoriale.

ROBERTA CATALANO
FILIAZIONE E STATO DI DETENZIONE

SOMMARIO: 1. Note introduttive. 2. Effetti della detenzione del genitore sui rapporti familiari. 3. Tutela della genitorialità in carcere. 4. Nascita di un figlio durante la detenzione. 5. Effetti della detenzione del figlio sui rapporti familiari. 6. Osservazioni conclusive.

1. L'esecuzione di una pena criminale detentiva comporta rilevanti conseguenze giuridiche sul piano dei rapporti familiari del reo. Tali conseguenze presentano diversi profili problematici ai quali, per molto tempo, è stata dedicata limitata attenzione dal legislatore e dagli interpreti. Ciò probabilmente in ragione della tradizionale convinzione per cui l'esigenza di salvaguardare l'afflittività della pena giustificerebbe la compressione ovvero il totale sacrificio di molti essenziali aspetti della vita dei reclusi, incluso quello all'affettività, che verrebbero così posti in secondo piano.

La valorizzazione della dignità del detenuto e della funzione rieducativa della pena¹, nonché la crescente tutela del diritto del minore a mantenere regolari relazioni con i genitori ad opera di diverse disposizioni nazionali,

¹ Ai sensi dell'art. 27 Cost., dell'art. 1, ord. pen. e dell'art. 277 c.p.p., fatto salvo l'esercizio legittimo di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione penitenziaria, i detenuti mantengono la titolarità e l'esercizio dei diritti che non contrastano con la privazione della libertà. Pertanto, gli stessi possono continuare ad esercitare i diritti inviolabili riconosciuti ad ogni persona in quanto tale (art. 2 Cost.), mentre la pena non può consistere in trattamenti contrari alla dignità ed al senso di umanità (artt. 2 e 3 Cost.), né può realizzarsi, stante il dettato dell'art. 13 Cost., a mezzo di strumenti che attentino all'integrità fisica e alla libertà morale delle persone sottoposte a restrizione. Tra i diritti tutelati *in vinculis* sono certamente compresi quelli alla salute (art. 32 Cost.; art. 5 e 11 ord. pen.), alla tutela dei rapporti familiari e sociali (artt. 29, 30 e 31 Cost.; artt. 18, 28, 45 ord. pen.), all'integrità morale e culturale (artt. 18, co. 6, e 19, 26, e 27 ord. pen.), al recupero sociale (art. 27 Cost.). In tal senso, per un'ampia analisi del dato normativo rilevante e della giurisprudenza costituzionale in materia, v. A. LORENZETTI, *La giurisprudenza costituzionale sulla maternità reclusa. Il punto sullo stato dell'arte*, in *Consulta on line*, 2020.

sovrnazionali ed internazionali², nonché della giurisprudenza (non solo costituzionale)³, ha comportato una graduale inversione di tendenza ed una conseguente presa di coscienza del ruolo fondamentale che il legame con i familiari può giocare nel recupero e nella reintroduzione dei detenuti in società una volta scontata la pena⁴. L'adeguata tutela della genitorialità del detenuto è altresì essenziale a garantire la miglior tutela dell'interesse

- 2 Si pensi, ad esempio, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dettato in conformità all'art. 9, co. 3, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con legge n. 176/1991; all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) alla cui stregua «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare» e «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto»; alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1469 del 2000 su madri e bambini in carcere, secondo la quale il ricorso alla pena detentiva può avvenire solo come *ultima ratio* allorché si tratti di donne incinte o di madri di bambini in tenera età; alla Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla loro vita sociale e familiare (2007/2116 (INI)) la quale, oltre a raccomandare di nuovo il ricorso alla detenzione delle donne incinte e delle madri di minori in tenera età quale ultimo rimedio esperibile, impone all'amministrazione giudiziaria di informarsi dell'esistenza di bambini prima di decidere in merito alla detenzione della madre, in modo da assicurare la personalizzazione della pena; alle *Regole delle Nazioni Unite per il trattamento delle donne detenute e le misure non detentive per le donne autrici di reati*, note anche come *Regole di Bangkok*, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010, rivolte a regolare la particolare condizione della detenzione femminile, definendo le condizioni della permanenza del figlio in carcere con la madre; alla Raccomandazione n. 5 del 4 aprile 2018 del Comitato dei Ministri degli Stati membri dell'Unione europea relativa ai figli delle persone detenute, la quale, oltre a confermare i principi già formulati nelle precedenti disposizioni, insiste fortemente sulla necessità del rispetto dei diritti umani dei figli delle persone detenute; agli artt. 315 *bis* e 337 *ter* c.c. o all'art. 1 della l. n. 184/83, che proclamano e tutelano il diritto dei minori a crescere nella loro famiglia di origine e conservare il rapporto con entrambi i genitori.
- 3 Cfr., tra le altre, nel quadro della giurisprudenza costituzionale Corte Cost., sent. 24 settembre 2014, n. 239, in www.giurisprudenzacostituzionale.it; v. anche l'analisi in prospettiva civilistica di J. LONG, *Restare padre dietro le sbarre: il diritto del figlio e del padre detenuto alla reciproca frequentazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 45 ss.
- 4 Si vedano, ad esempio, le *Regole Penitenziarie Europee*, introdotte per la prima volta nel 1973 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, e in seguito modificate ed aggiornate, ove si fa espresso riferimento alla necessità di favorire il contatto del detenuto con il mondo esterno, e particolarmente con la famiglia, al fine di spingerlo alla risocializzazione e, per tal via, facilitarne il reinserimento in società.

dei suoi figli minori che, essendo estranei alla responsabilità penale, devono risentire il meno possibile delle conseguenze della sanzione penale inflitta. Come affermato dalla Corte Costituzionale, l'esecuzione della pena detentiva non determina l'affievolimento né del diritto del genitore di coltivare i propri interessi affettivi, né del diritto del figlio di mantenere la relazione con i genitori, dal momento che tali diritti costituiscono uno strumento indispensabile alla realizzazione della personalità di entrambi e della funzione rieducativa della pena⁵. Pertanto, durante il periodo di detenzione, il rapporto tra genitore e figlio va comunque preservato, seppur a mezzo di modalità di attuazione peculiari in quanto compatibili con lo stato detentivo.

La descritta inversione di tendenza ha destato una nuova sensibilità per la tutela della genitorialità e dell'affettività dei detenuti che si è manifestata sia sul piano normativo, sia sul piano giurisprudenziale e dottrinale⁶. Di tale nuova sensibilità ci si propone, nel prosieguo, di essere in qualche modo interpreti, seppur in prospettiva civilistica. Data l'esiguità di studi svolti in siffatta prospettiva, ci si concentrerà sull'analisi dei principali effetti giuridici prodotti dalla detenzione sui rapporti familiari e, particolarmente, sul legame tra genitori e figli.

2. Ai sensi dell'art. 3 della l. n. 898/70 (legge sul divorzio), la condanna all'ergastolo o ad una pena detentiva superiore a quindici anni, anche con più sentenze, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale e sociale, legittima il coniuge a proporre direttamente la domanda di divorzio. Allo stesso modo,

5 La Corte costituzionale (cfr., in particolare, sent. n. 26/1999, in *giurcost.org*) ha più volte enunciato il principio alla cui stregua lo stato di detenzione non vale di per sé ad annullare la titolarità dei diritti della personalità del detenuto, sicché a quest'ultimo senz'altro spetta il diritto soggettivo all'affettività ed alla sessualità. In tal senso, in dottrina, C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone re-cluse*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3/2008, 107 ss., consultabile in *www.rassegnapenitenziaria.it*; V. IORI, *La genitorialità in carcere*, in *Minori-giustizia*, n. 3/2014, 76 ss. Per una analisi in prospettiva comparatistica, vedasi L. GALLETTI, A. PEDRINAZZI, *Il mantenimento della relazione tra genitori detenuti e figli: esperienza negli USA, in Europa e in Italia*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2/2004, 77 ss.

6 Una delle novità più significative introdotte dalla l. 26 aprile 1975, n. 354, cd. legge sull'Ordinamento penitenziario, è stato proprio il fatto di considerare il mantenimento dei rapporti con la famiglia come un elemento essenziale ad assicurare la funzione rieducativa della pena (C. BARGIACCHI, *Quadro normativo generale. Le relazioni familiari nella normativa penitenziaria*, in *ADIR – L'altro diritto*, 2002).

può proporre direttamente domanda di divorzio il coniuge di chi sia stato condannato ad una pena detentiva di qualsiasi entità per aver commesso i gravi delitti contro la libertà sessuale, la moralità e il buon costume previsti alla lett. b (incesto, violenza carnale, induzione, costrizione, sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione), ovvero per omicidio, tentato omicidio, lesioni personali aggravate, violazione degli obblighi di assistenza, maltrattamenti, e circonvenzione di incapace in danno del coniuge o dei figli. In questi ultimi casi, l'assoluzione per vizio totale di mente ovvero l'estinzione del reato non valgono a negare al coniuge la legittimazione a proporre direttamente la domanda di divorzio; così come l'assoluzione dal reato di incesto per mancanza di pubblico scandalo.

In tutti gli altri casi di condanna a pena detentiva, il coniuge del reo – se vuole sciogliere il vincolo – dovrà chiedere, prima, la separazione personale deducendo l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza; e successivamente, decorso il periodo di tempo prescritto dalla legge, potrà proporre domanda di divorzio.

Ad ogni modo, in tutte queste ipotesi, ed eccetto i casi in cui il detenuto sia dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c., ovvero sia incorso in condanne per le quali la legge dispone espressamente la decadenza o la sospensione dalla responsabilità genitoriale (cfr. artt. 32 e 34 c.p.), o si sia reso autore delle gravi condotte cui può conseguire la disposizione del suo allontanamento dalla residenza familiare (art. 333 c.c.), il giudice chiamato a pronunciarsi sulla separazione o sul divorzio dovrà decidere in ordine all'affidamento dei figli minori.

Lo stato di detenzione del genitore, quindi, non è di per sé idoneo a determinare l'automatica decadenza dalla suddetta responsabilità, ovvero l'affidamento *ipso iure* della prole al coniuge a piede libero. Infatti, se fossero previste in generale siffatte automatiche misure a carico dei detenuti, esse sarebbe palesemente contrarie ai principi di uguaglianza e ragionevolezza, oltre che al diritto del minore di conservare un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori⁷⁸.

7 Trib. Min. Caltanissetta, decr. 18 gennaio 2019, in *brocardi.it*.

8 La decadenza dalla responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 330 c.c. deve, in ogni caso, essere pronunciata quando tutti gli altri provvedimenti non appaiano adeguati al caso concreto; v., al riguardo, Cass., ord., 24 marzo 2022, n. 9691, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 867 ss., con nota di M. Di Masi, che, pur non riguardando un caso di genitore in stato di detenzione, ha osservato: «la violazione del diritto alla bigenitorialità da parte del genitore che ostacoli i rapporti del figlio con l'altro genitore (anche ponendo in essere condotte che integrino gravi forme di abuso psicologico) e la conseguente necessità di garantire l'attuazione di tale diritto, non impongono necessariamente la pronuncia di decadenza del genito-

Quanto all'affidamento dei figli minori ed alla responsabilità genitoriale, in seguito alle modifiche introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 54, gli artt. 316 e 317, co. 2, c.c., 337 *ter*, co. 3, c.c., sanciscono che la responsabilità genitoriale spetta ad entrambi i genitori pur in seguito alla separazione o al divorzio; mentre l'art. 337 *ter*, co. 2, c.c., impone al giudice, in caso di crisi della famiglia, di valutare «prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori», in modo da realizzare al meglio il diritto della prole a «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi». Al contempo, però, l'art. 317, co. 1, c.c., precisa che in caso di lontananza, incapacità o altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della responsabilità genitoriale, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro; e l'art. 337 *quater* c.c. aggiunge che, in caso di crisi della famiglia, il giudice può disporre, con provvedimento motivato, l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga l'affidamento congiunto non funzionale all'interesse del minore⁹.

Ne deriva che il sopravvenuto stato di detenzione, se non seguito da separazione o divorzio, determina la concentrazione in capo al coniuge a piede libero dell'esercizio – non della titolarità – della responsabilità genitoriale, con il conseguente suo obbligo – appena possibile – di condividere informazioni e decisioni con il coniuge detenuto, al quale comunque compete il diritto-dovere di vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio (art. 316, ult. co., c.c.). Invece, in caso di crisi della famiglia, lo stato di detenzione di uno dei coniugi, secondo consolidata giurisprudenza, può fondare la decisione giudiziale di disporre l'affidamento esclusivo della prole al genitore non recluso sia in sede di pronuncia

re malevolo dalla responsabilità genitoriale e l'allontanamento del minore dalla sua residenza, quali misure estreme che recidono ineluttabilmente ogni rapporto, giuridico, morale ed affettivo con il figlio, essendo necessaria la verifica, in applicazione del principio del superiore interesse del minore, della possibilità che tale rimedio incontri, nel caso concreto, un limite nell'esigenza di evitare un trauma, anche irreparabile, allo sviluppo fisico-cognitivo del figlio, in conseguenza del brusco e definitivo abbandono del genitore con il quale aveva sempre vissuto e della correlata lacerazione di ogni consuetudine di vita».

- 9 Al riguardo, più ampiamente, cfr. A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022, e particolarmente i contributi di G. BALLARANI, *Le istituzioni a tutela dei minori* (63 ss.) e di C. IRTI, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia* (159 ss.); v. anche M. SESTA, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Milano, 2016.

di separazione o divorzio, sia in sede di revisione delle condizioni di separazione e divorzio originarie¹⁰.

Ovviamente, tutto ciò presuppone l'esistenza, l'idoneità e la disponibilità del genitore a piede libero, nonché la conformità all'interesse dei figli minori del loro affidamento esclusivo a costui. Di conseguenza, qualora tali presupposti manchino, il giudice sarà chiamato a valutare se disporre l'affido dei minori al genitore detenuto; se deciderne l'affidamento temporaneo a terzi *ex art. 2 ss. l. n. 184/83*, in attesa della liberazione del genitore detenuto o del recupero di quello non recluso (ad esempio, momentaneamente sottoposto a TSO per tossicodipendenza); se dichiararne lo stato di adottabilità (*art. 8 ss. l. n. 184/83*) o disporne l'adozione in casi speciali (*art. 44 ss., l. n. 184/83*).

L'affidamento della prole al genitore condannato è attualmente favorito da numerose misure introdotte nell'ordinamento italiano proprio al fine di preservare il legame tra figli e genitori detenuti, specie se madri, ed evitare ai minori, soprattutto molto piccoli, il trauma del distacco dalla figura materna. Di queste misure, per lo più imperniate sull'allontanamento del genitore dal circuito carcerario, ci si può avvalere sia quando il genitore non recluso non sia disponibile, sia quando lo sia ma l'esigenza di garantire la miglior tutela dell'interesse del minore faccia apparire preferibile, magari anche solo per un periodo determinato, il suo affidamento al genitore sottoposto a pena detentiva¹¹. Inoltre, la Corte Costituzionale

10 Cfr., da ultimo, Trib Bologna, 23 settembre 2022, in www.personaedanno.it, 28 marzo 2023. Peraltro, v. anche Cass., 7 dicembre 2010, n. 24841, in www.altalex.com, secondo la quale alla regola generale dell'affidamento condiviso può derogarsi solo se la sua applicazione appaia «pregiudizievole per l'interesse del minore»; ciò anche quando uno dei genitori sia stato condannato con sentenza passata in giudicato.

11 Cfr. anzitutto gli artt. 146 e 147 c.p. che prevedono il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena se la condannata sia una donna incinta o madre di un bambino di età inferiore ad un anno, nonché il differimento facoltativo se il figlio abbia una età inferiore ai 3 anni (queste previsioni non sono applicabili quando la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale); l'art. 284 c.p.p. alla cui stregua il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari può prevedere che lo stesso si sconti nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o assistenza ovvero in una «casa famiglia protetta» (al riguardo, l'art. 47 *ter* Ord. pen., in presenza di certi presupposti, favorisce l'accesso alla detenzione domiciliare, anche presso case famiglia protette, alle madri di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente o al padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole); inoltre, l'art. 47 *quinquies* Ord. pen., pur in assenza dei presupposti cui alla norma preceden-

nel 2020 è intervenuta a chiarire che la madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale – che è una delle misure cui si faceva riferimento in precedenza – quale che sia l'età del figlio svantaggiato¹².

L'affidamento temporaneo dei figli a terzi presuppone che l'ambiente familiare di appartenenza sia momentaneamente inidoneo ad accoglierli (art. 2, l. n. 184/83), e consente di preservare il legame con i genitori in difficoltà, con i quali i figli sono comunque destinati a tornare una volta terminati o ridimensionati i problemi. Non a caso, in queste ipotesi, l'affidatario è spesso prescelto tra i parenti, al fine di risparmiare ai minori il trauma dello sradicamento dal contesto familiare e sociale di origine¹³.

La dichiarazione dello stato di adottabilità, invece, presuppone che il minore sia del tutto privo di idonea assistenza morale e materiale da parte dei genitori e degli altri parenti tenuti a provvedervi (art. 8, l. n. 184/83), e costituisce il primo passo della procedura di adozione legittimante, che porta alla rescissione definitiva del legame tra minore e la famiglia di origine.

te, prevede che la misura della detenzione domiciliare speciale possa essere comunque applicata alle detenute madri quando ricorrano alcune condizioni; l'art. 285 *bis* c.p.p. alla cui stregua «se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano». Qualora non sia possibile accedere a nessuna delle misure alternative alla detenzione descritte in precedenza, la l. 26 luglio 1975, n. 354, come più volte modificata, consente alle madri detenute di tenere con sé i figli che non abbiano più di sei anni avvalendosi di strutture, istituite all'interno dell'istituto penitenziario, denominate asilo-nido nonché di figure professionali specializzate, in campo medico e psicologico, aventi lo scopo di tutelare la salute dei minori e delle loro genitrici.

In dottrina, sul punto v. S. MONETINI, *I bambini di età inferiore a tre anni ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, n. 3/2012, 79 ss.; ma v. anche P. CORVI, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri*, *Commento alla legge n. 62/2011*, in *Corr. merito*, 2011, 837 ss.; F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2616 ss.; ID., *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Guida al diritto*, 23, 46 ss.; P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 807 ss.; P. COMUCCI, *I benefici penitenziari a favore delle condannati madri*, in *Cass. penale*, 2009, 2163 ss.

12 Corte Cost., sent. 14 febbraio 2020, n. 18, in *Sistema penale*, 2018, fasc. 17 febbraio 2020, con nota di L. Guglielmo.

13 A. THIENE, *Gli affidamenti*, in *Diritto civile minorile*, cit., 299 ss.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha avuto occasione di precisare che la condizione di abbandono del minore ben può essere dimostrata dallo stato di detenzione al quale uno o entrambi i genitori siano temporaneamente assoggettati, «trattandosi di circostanza che, essendo imputabile alla condotta criminosa posta in essere dal genitore nella consapevolezza della possibile condanna e carcerazione, non integra gli estremi della causa di forza maggiore di carattere transitorio individuata dalla l. n. 184/83, art. 8, quale causa di giustificazione della mancata assistenza»¹⁴.

L'adozione in casi particolari, infine, pur prescindendo dal predetto presupposto posto a base della dichiarazione di adottabilità, può essere disposta solo ove ricorrano le specifiche ipotesi previste dall'art. 44 della l. n. 184/83¹⁵.

La miglior scelta tra i possibili provvedimenti cui si è appena fatto cenno è favorita dal fatto che essi vengono resi all'esito di procedimenti rimessi anche all'impulso del Pubblico Ministero e/o dei Servizi sociali i quali, insieme al giudice investito della questione, sono comunque tenuti ad attivarsi tutte le volte in cui vengano a conoscenza di situazioni come quelle in esame, ispirando la loro azione al principio sancito dall'art. 1 della l. 4 maggio 1983, n. 184, alla cui stregua il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. Da siffatta prospettiva, l'adozione legittimante si palesa come la soluzione estrema, da scegliere solo quando tutte le possibili alternative appaiano impraticabili ovvero non conformi all'interesse del minore.

Infine, va ricordato che, ai sensi degli artt. 32 e 33 c.p., la condanna all'ergastolo o ad una pena detentiva non inferiore ai cinque anni per delitto non colposo comporta la pena accessoria dell'interdizione legale per tutta la durata della sanzione, con conseguente perdita della capacità di agire riguardo agli atti a contenuto patrimoniale¹⁶. Pertanto, fino alla completa espiazione della pena, il detenuto non potrà porre in essere atti di tal tipo, ma dovrà essere sostituito da un tutore, da nominarsi ad opera del Giudice tutelare all'esito dell'assunzione di informazioni sui possibili candidati e sul contesto di appartenenza del reo. Come per l'interdizione giudiziale, è preferibile che il tutore sia scelto tra i familiari e, quindi, anche tra i fi-

14 Cfr. Cass., ord. 10 gennaio 2020, n. 319, in www.osservatoriofamiglia.it; Cass., 19 gennaio 2018, n. 1431, in *Foro it.*, 2018, I, c. 815 ss., con nota di G. Casaburi; Cass., 9 novembre 2017, n. 26624, in www.lessicodeldirittodifamiglia.it.

15 In tema v., da ultimo, N. CIPRIANI, *Le adozioni*, in *Diritto civile minorile*, cit., 327 ss.

16 Al riguardo, da ultimo, F. SASSANO, *Riflessioni sulla differente natura dell'interdizione giudiziale e di quella legale*, in *Persona & danno*, 11 luglio 2022.

gli, purché maggiorenni e idonei a curare la gestione dei beni del recluso in modo utile e funzionale al suo reinserimento in società. Tuttavia, se il contesto familiare manifesta tendenze criminogene, il Giudice opterà per la nomina a tutore di un terzo imparziale, estraneo alla famiglia ed esperto in amministrazione e gestione patrimoniale.

3. Da quanto sin qui osservato emerge che, nel considerare il tema della genitorialità in carcere, ci si può trovare innanzi a due possibili situazioni: quella del genitore detenuto con figli in visita; quella del genitore detenuto con figli minori all'interno del luogo di reclusione.

Quanto alla prima ipotesi, la legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 aprile 1975, n. 354) ed il relativo regolamento attuativo (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) dispongono in modo molto puntuale in materia di permessi per i detenuti, nonché di colloqui e corrispondenza tra questi ed i familiari¹⁷. Inoltre, al fine di garantire la miglior assistenza esterna dei figli minori

17 In estrema sintesi, la legge sull'ordinamento penitenziario prevede che: delle esigenze familiari si deve tener conto in caso di trasferimento del detenuto da una sede penitenziaria all'altra; i colloqui coi familiari non possono essere limitati neppure nel periodo di applicazione del regime di sorveglianza particolare, e comunque i contatti con la famiglia devono subire il minimo pregiudizio possibile; i permessi premio vengono concessi anche per coltivare gli affetti; i familiari debbono essere aggiornati, dal detenuto o dall'Amministrazione penitenziaria, circa i più importanti eventi riguardanti il detenuto medesimo; al detenuto spettano gli assegni familiari, il diritto ad inviare somme di denaro ai congiunti e il diritto ad un trattamento che conservi o migliori i rapporti con i familiari. Inoltre, anche nel regolamento di esecuzione all'ordinamento penitenziario (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) è particolarmente tutelato il legame tra detenuto e famiglia: le limitazioni in materia di ricezione dei pacchi da parte del detenuto non si applicano ai pacchi, agli oggetti ed ai generi destinati alle detenute madri con prole in istituto per il fabbisogno dei bambini; particolari cautele vanno adottate per consentire i colloqui dei detenuti con prole di età inferiore a dieci anni; ulteriori colloqui visivi con i familiari, anche a distanza, all'aperto ed in compagnia della famiglia, oltre a speciali programmi di intervento per la cura dei rapporti dei detenuti e degli internati con le loro famiglie. Anche il limite settimanale stabilito per l'effettuazione delle telefonate ai familiari può essere derogato in senso favorevole al detenuto, qualora ricorrano motivi di urgenza e di particolare rilevanza, se il colloquio si svolge con figli di età inferiore a dieci anni. Infine, ai sensi dell'art. 61 del D.P.R. n. 230/2000 è possibile autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia. Il *favor familiae* cui è improntata la disciplina attualmente vigente emerge, altresì, dall'ammissione ai colloqui con il detenuto di tutti i congiunti, e non soltanto di quelli prossimi (come prevedeva l'art. 101 del regolamento del 1931), purché dotati di una «specchiata moralità».

gli artt. 21 e 21 *bis* della predetta legge ammettono le detenute alla cura e all'assistenza all'esterno di figli di età non superiore a dieci anni (lo stesso diritto spetta anche al padre quando la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri). In tal guisa, viene concessa ai figli minori la possibilità di stare con la madre quasi tutti i giorni ed al genitore recluso di incontrare gli altri familiari, senza dover attendere il momento dei colloqui in carcere¹⁸.

Infatti, i colloqui in carcere presentano molteplici profili di inadeguatezza rispetto al diritto del detenuto e della sua famiglia di continuare a vivere il loro legame: il tempo riservato ai colloqui è molto ridotto (di regola un'ora, talvolta due) e, comunque, tale da non consentire uno scambio affettivo adeguato tra il detenuto ed il familiare; i colloqui dei detenuti spesso avvengono in sale affollate, rumorose, ove non è garantita l'intimità; l'obbligatorietà del controllo visivo da parte del personale di custodia, espressamente sancito dall'art. 18 della legge sull'ordinamento penitenziario, preclude la possibilità di gesti affettuosi e di relazioni sessuali tra i partner¹⁹.

Quanto alla seconda ipotesi, ossia quella del genitore detenuto con figli minori all'interno del luogo di reclusione, la legge n. 62/2011 ha previsto l'innalzamento da 3 a 6 anni del limite di età dei bambini che possono vivere con le madri recluse, e ha disposto che la custodia in istituti ICAM (Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri) e Case Famiglia Protette sia considerata come alternativa possibile e preferibile rispetto a quella delle sezioni Nido delle carceri femminili²⁰. In particolare, è previsto che

Inoltre, l'art. 37 del D.P.R. n. 230/2000 riserva alle «persone conviventi» con il detenuto lo stesso trattamento, in materia di colloqui, previsto per i congiunti. Sul punto, in dottrina, cfr. C. BARGIACCHI, *Quadro normativo generale. Le relazioni familiari nella normativa penitenziaria*, cit..

- 18 A. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it. Per giunta, la Corte Cost., sent. 23 luglio 2018, n. 174, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3685 ss., con nota di E. Aprile, ha affermato che sono incostituzionali le preclusioni 'automatiche' al riconoscimento alle detenute madri del beneficio dell'assistenza all'esterno di figli di età non superiore a dieci anni.
- 19 Al riguardo v. R. PREGIASCIO, E. VAGNOLI, *La ricerca sui minori in visita al carcere condotta dall'Istituto degli Innocenti di Firenze: uno studio sulle garanzie di tutela dei bambini e degli adolescenti figli di detenuti che si recano a colloquio negli istituti penitenziari*, in *Minori giustizia*, 2016, fasc. 4, 54 ss.
- 20 La l. 21 aprile 2011, n. 62, ha previsto la realizzazione di istituti a custodia attenuata (ICAM) e di case famiglia protette per evitare la presenza di minori nelle carceri italiane, realizzando modalità attenuate di carcerazione, fino alla forma più familiare di tipo comunitario della casa famiglia protetta. Il successivo Decreto

gli ICAM siano ubicati fuori dagli istituti penitenziari e strutturati in modo da non assomigliare ad un carcere. L'ambiente deve essere familiare, il personale di sorveglianza non deve vestire l'uniforme ed è necessaria la presenza di educatori specializzati con il compito di sostenere le madri nella cura dei propri figli. Inoltre, i bambini devono poter trascorrere del tempo fuori dall'istituto in compagnia di familiari o di volontari.

In aggiunta a tutto ciò, va ricordato che il più importante e recente risultato in ordine alla adeguata tutela dei diritti dei figli di genitori detenuti è stata la firma, il 16 dicembre 2021, di un Protocollo di intesa tra il Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, il Ministero della Giustizia e l'Associazione *Bambinisenzasbarre* Onlus, intitolato *Carta dei figli dei genitori detenuti*.

La Carta si compone di nove articoli che, recependo norme e principi proclamati a livello europeo, sanciscono importanti misure a presidio del rapporto tra genitori e figli sia nella fase della detenzione, sia in quella dell'arresto, del fermo o della custodia cautelare (art. 1, nn. 1 e 2). In particolare, l'art. 2, tra le altre cose, prevede che la scelta del luogo di detenzione debba essere fatta in modo da garantire il contatto costante e diretto del recluso con la sua famiglia; che i figli minori hanno diritto di far visita al loro genitore entro una settimana dall'arresto e, con regolarità, da quel momento in poi; che nella sala d'attesa, come nella sala colloqui, sia presente uno 'spazio bambini' dove i minori e le famiglie, essendo persone libere ed incolpevoli, si sentano accolte e riconosciute come tali; che le strutture siano accessibili ai minori disabili; che siano favorite anche forme di colloquio agile, come le videochiamate; che, ove possibile, siano costituiti gruppi di esperti a supporto dei minori e delle loro famiglie.

Un ruolo di importanza strategica è attribuito ai colloqui, considerati essenziali per garantire la continuità affettiva tra genitore detenuto e figli, per evitare che l'allontanamento da casa del genitore recluso assuma dimensioni traumatiche e per consentire al genitore medesimo di essere presente nei momenti importanti della vita dei figli. A tal fine l'art. 4 prevede che il personale dell'Amministrazione penitenziaria e della Giustizia minorile

del Ministro della Giustizia del 26 luglio 2012 ha specificato le caratteristiche delle case famiglia protette, affermando che tali strutture devono essere collocate nel tessuto urbano, in luoghi ove sia possibile l'accesso ai servizi socio-sanitari, dotate di spazi dedicati al gioco, anche all'aperto, un ambiente riservato per le visite mediche a donne in stato di gravidanza e un locale dove possano avvenire i colloqui con operatori, o i contatti con figli e familiari. In dottrina cfr. M. COLAMUSSI, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e Giustizia*, 2020, fasc. 2, 22 ss.

debba ricevere una formazione specifica sull'impatto che la detenzione di un genitore e l'ambiente carcerario determinano sui minori. Infine, l'art. 8 prevede l'istituzione di un Tavolo permanente, composto da rappresentanti del Ministero della Giustizia, dell'Amministrazione penitenziaria, del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità, dell'Autorità Garante dell'Infanzia e l'Adolescenza, del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale e dell'associazione *Bambinisenzasbarre Onlus*, cui compete il monitoraggio sull'attuazione del Protocollo.

4. È possibile che il detenuto divenga genitore durante il tempo in cui è recluso in una struttura carceraria. Ciò può verificarsi grazie all'ausilio di tecniche di procreazione assistita e, a questa evenienza, è dedicato uno specifico contributo di questo volume al quale si fa rinvio. Ma la nascita di un figlio durante la detenzione può verificarsi anche perché l'inizio della pena detentiva del genitore si è verificata in costanza della gravidanza, o perché il concepimento ed il parto sono accaduti durante l'esecuzione della pena detentiva.

Delle due alternative appena considerate, la prima si verifica quasi sempre quando la reclusione sopravvenuta alla gravidanza riguarda il padre. Infatti, come detto in precedenza, nell'ordinamento italiano vi sono svariate disposizioni dalle quali emerge la chiara contrarietà del legislatore all'applicazione di pene e misure reclusive nei confronti di donne in stato interessante, ovvero di madri di bambini molto piccoli²¹. Diversamente, a coloro che divengano padri durante la detenzione è consentito chiedere permessi premio di visita alla famiglia, motivando la propria istanza proprio con l'esigenza di condividere con la famiglia momenti tanto importanti e delicati (art. 30 *ter* della legge sull'ordinamento penitenziario).

Il concepimento di un figlio durante l'esecuzione della pena detentiva è una possibilità strettamente dipendente dall'attuazione del diritto alla sessualità durante la reclusione. Allo stato, il più efficace strumento posto a presidio del diritto dei detenuti di continuare ad avere rapporti sessuali con il partner è costituito dai permessi premio previsti dall'art. 30 *ter* della legge sull'ordinamento penitenziario. Tuttavia, tali permes-

21 Riguardo ai provvedimenti restrittivi della libertà nei confronti di una donna incinta, gli artt. 146 e 147 c.p. prevedono diversi casi di rinvio, obbligatorio o facoltativo, dell'esecuzione della pena, mentre l'art. 275 c.p.p., sancisce che la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata e comunque, per le donne incinte, solo quanto sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

si possono essere concessi solo ai detenuti che si trovano nelle condizioni previste dal primo comma di quella disposizione, sicché per tutti gli altri reclusi, quando non sussistano le condizioni per beneficiare del permesso, il diritto alla sessualità dovrebbe potersi esplicare all'interno delle mura carcerarie. A quest'ultimo riguardo, molti sono gli atti sovranazionali che hanno riconosciuto espressamente tale diritto ai soggetti in stato di detenzione: l'art. 6 delle Regole penitenziarie europee del 1997 (Racc. 1340/1997) ha previsto la messa a disposizione dei detenuti di luoghi appartati di incontro con i familiari; l'art. 24, co. 4, delle Regole penitenziarie europee del 2006 (Racc. 2/2006), ha stabilito che «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»; la Raccomandazione R(98)7 del Consiglio dei Ministri europeo ha raccomandato agli Stati membri di permettere ai detenuti di incontrare il proprio partner senza sorveglianza visiva durante la visita; la Raccomandazione (97)1340 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha auspicato la messa a disposizione dei detenuti di spazi per coltivare i propri affetti.

In considerazione di ciò, e delle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, che ha preferito rimettere al legislatore la scelta degli strumenti più adatti ad attuare il diritto dei detenuti alla sessualità²², in Italia sono stati formulati diversi disegni di legge volti a riconoscere ai reclusi la possibilità di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro all'interno o all'esterno della struttura carceraria, come peraltro accade già in altri paesi del nord Europa. A tal fine è stata presa in considerazione anche l'idea di introdurre delle apposite celle per l'amore, in modo da consentire al detenuto di mantenere il legame di coppia preesistente senza incorrere nel «controllo a vista» del personale di custodia imposto dall'art. 18 della legge sull'ordinamento penitenziario per i colloqui con i detenuti. Nessuna di queste proposte, però, è divenuta legge, mentre il sovrappollamento e l'obsolescenza degli istituti carcerari finiscono per essere un

22 Cfr. Corte Cost., 19 dicembre 2012, n. 301, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 18, Ord.pen., nella parte in cui impone il controllo visivo del personale di custodia, ma ha anche rilevato che l'esigenza di garantire ai detenuti relazioni affettive e intime sia «reale e fortemente avvertita» e, pertanto, meritevole di «ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (...) 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».

ostacolo insormontabile anche per eventuali iniziative sperimentali. Allo stato, quindi, la possibilità di intrattenere rapporti sessuali all'interno del carcere è, per i reclusi, un diritto affermato ma non attuato, poiché l'attuale normativa penitenziaria italiana importa, a mezzo dell'imposizione del controllo a vista, una condizione di astinenza sessuale che, di fatto, funge da pena accessoria alla quale spesso conseguono gravi scompensi emotivi e comportamentali²³.

5. Infine, v'è da considerare il caso in cui lo stato di detenzione riguardi il figlio.

Se questi è maggiorenne, ovviamente troveranno applicazione tutte le disposizioni e le cautele già esaminate, comprese quelle poste a presidio degli interessi affettivi e familiari del detenuto.

Diversamente, l'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni, nonché dei condannati infraventicinquenni per reati commessi mentre erano ancora minori di età, sono sottoposte ad una speciale disciplina, strettamente funzionale al recupero del giovane reo anche a mezzo dell'evitamento della reclusione o della riduzione dell'afflittività della detenzione (si pensi, per esempio, all'istituto del perdono giudiziale di cui all'art. 169 c.p. o alla sospensione della pena con messa in prova del minorenne ai sensi dell'art. 28 D.P.R. n. 448/1988).

La disciplina dell'esecuzione delle pene criminali avverso condannati minorenni è sancita dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, e dalle relative Linee di indirizzo, adottate dal Ministero della Giustizia, Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, il 15 gennaio 2020, intervenuti ad attuare la previsione contenuta nell'art. 79, l. 26 luglio 1975 n. 354, e, quindi, a dar vita ad autonomo ordinamento penitenziario minorile²⁴.

Queste norme si ispirano all'intento di responsabilizzare, rieducare e favorire il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne detenuto per prepararlo adeguatamente alla vita libera attraverso percorsi di inclusione sociale; di prevenire la commissione di ulteriori reati anche a mezzo di percorsi di istruzione e formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, di attività di utilità sociale, culturali, sportive e di

23 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., in part. 1094.

24 Al riguardo, v. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 16 novembre 2018.

tempo libero; di favorire l'esecuzione delle misure penali di comunità al fine di realizzare una forma di una giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato.

Nel quadro delle misure volte al raggiungimento di tali obiettivi, il mantenimento del legame con la famiglia e con gli affetti riveste un ruolo essenziale. Infatti, risultano rielaborate e potenziate le misure alternative alla detenzione come l'affidamento in prova al servizio sociale, l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, la detenzione domiciliare, la semilibertà, casi particolari di affidamento in prova (art. 4-8); è sancito il diritto del detenuto di effettuare otto colloqui visivi mensili e da due a tre colloqui telefonici settimanali della durata di venti minuti ciascuno (art. 19); è consentita la possibilità di visite prolungate, fino a quattro al mese, ai congiunti o alle persone con cui sussiste un significativo legame affettivo, di una durata non inferiore alle quattro ore e non superiore alle sei ore, da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti (art. 19); è previsto che la pena sia eseguita in istituti prossimi alla residenza o alla abituale dimora del detenuto e delle famiglie, in modo da mantenere le relazioni personali e socio-familiari educativamente e socialmente significative (art. 22).

Assolutamente coerente con siffatta prospettiva è, poi, la sentenza della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2019, n. 263, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 121/2018, volto a subordinare la concessione, anche ai detenuti minorenni ed ai giovani adulti, delle misure penali di comunità e dei permessi premio al ricorrere dei requisiti imposti dalla legge sull'irrdinamento penitenziario per il riconoscimento dei benefici ai detenuti adulti. La Corte – richiamando alcune proprie precedenti pronunce sulla finalità rieducativa della pena e sulle sue implicazioni nei confronti dei minori – ha ritenuto la disposizione censurata illegittima in relazione agli articoli 27, co. 3, e 31, co. 2, Cost., poiché introduttiva di un automatismo legislativo basato su una sorta di presunzione assoluta di pericolosità fondata sul mero titolo di reato commesso e, quindi, idonea ad impedire alla magistratura di sorveglianza una valutazione individualizzata funzionale alle finalità di risocializzazione che devono presiedere all'esecuzione penale minorile.

6. Da quanto sin qui osservato, emerge che in Italia la giurisprudenza costituzionale e la legge sull'ordinamento penitenziario hanno dato a legislatore ed interpreti l'abbrivio per intraprendere un percorso di graduale valorizzazione del legame tra detenuti e famiglia, quale strumento essen-

ziale a garantire la dignità dei detenuti medesimi e la funzione rieducativa della pena.

Rimangono, evidentemente, ampi margini di miglioramento, soprattutto in ordine alle esigenze affettive dei reclusi adulti di sesso maschile, specie se rei di più gravi delitti²⁵. Tuttavia, attualmente, il miglioramento delle condizioni di vita dei detenuti è assai condizionato – più che dalla normativa vigente e dagli orientamenti degli interpreti, che hanno ormai raggiunto un sufficiente grado di consapevolezza circa i problemi sin qui esaminati – dall'inadeguatezza strutturale del patrimonio carcerario italiano e dal suo drammatico sovraffollamento, che costituiscono un importante ostacolo alla concreta attuazione di molte delle garanzie e delle cautele riconosciute ai detenuti.

Data la loro essenzialità alla tutela della dignità dei reclusi, gli interessi familiari colpiti da tali manchevolezze non possono considerarsi adeguatamente ristorati dal meccanismo risarcitorio introdotto in Italia dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (convertito con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 117) in attuazione della sentenza pilota dell'8 gennaio 2013 con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accertato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 CEDU, alla cui stregua la proibizione della tortura include anche il divieto di inflizione della pena in situazioni disumane o degradanti derivanti dal sovraffollamento carcerario²⁶.

Pertanto, per i detenuti che non rappresentano un grave pericolo per la società, l'adozione di pene alternative al carcere – come la detenzione domiciliare, i lavori socialmente utili o il braccialetto elettronico – appaiono fortemente raccomandati. Per tutti gli altri reclusi, invece, si impone la necessità di urgenti interventi strutturali sul contesto carcerario, volti a garantire il miglior bilanciamento tra l'esigenza di far scontare la pena ai rei ed il bisogno di preservare il legame tra costoro e la famiglia, con particolare riferimento al legame tra genitori e figli.

25 Cfr., per tutti, G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41 bis con i figli minori e tribunale per i minorenni: una competenza che (ad oggi) non c'è*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 721 ss. Sull'esigenza di parificare il trattamento di detenuti padri e detenute madri nel mantenimento della loro relazione con i figli minori cfr. Corte Cost., sent. 24 ottobre 2018, n. 211, in www.giurisprudenzacostituzionale.it.

26 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 gennaio 2013, Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Torreggiani e altri c. Italia, in giustizia.it.

FRANCESCO LUCREZI
IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ
DEL DETENUTO

Il caso di Yigal Amir

SOMMARIO: 1. Il «non diritto». 2. Azione e persona. 3. L'assassino eroe. 4. La separazione impossibile. 5. Il simbolo. 6. La nascita. 7. Il diritto a non nascere.

1. Il caso di Yigal Amir solleva diverse considerazioni riguardo al presunto diritto alla genitorialità del detenuto, le quali vanno ad articolarsi sui diversi livelli giuridico, politico e morale. Essi dovrebbero restare distinti l'uno dall'altro, e le valutazioni politiche ed etiche non dovrebbero generare indebite interferenze sul piano del diritto. Ma, in questo caso, è davvero difficile rispettare questa distinzione.

Va premesso, ovviamente, che parlare di un tale 'diritto' appare improprio, dal momento che nessun ordinamento al mondo, e quindi neanche quello israeliano, prevede che al detenuto debba essere permesso, in costanza di reclusione, di diventare genitore.

La detenzione, com'è noto, non implica, di per sé, interdizione, e non incide quindi sul complesso dei rapporti giuridici preesistenti (familiari e patrimoniali) del soggetto, né gli impedisce di acquisirne di nuovi: il detenuto, sotto la supervisione delle autorità carcerarie, può comprare, vendere, contrarre obbligazioni, formulare disposizioni di ultima volontà ecc., così come può sposarsi o divorziare. La sua vita relazionale, però, è sottoposta alle specifiche limitazioni del regime carcerario, che, generalmente, non permettono, per una serie di comprensibili ragioni, di realizzare una gravidanza per via naturale (se non sfruttando le possibilità concesse dai temporanei permessi di semilibertà, o le particolari «visite coniugali» in carcere, generalmente non ammesse). Quanto alla possibilità di ricorrere alla fecondazione artificiale, nulla la vieta, ma è evidente che essa deve essere sottoposta al vaglio e all'autorizzazione delle autorità di giustizia.

Tutti i Paesi di democrazia matura, come l'Italia e Israele, soprattutto dopo l'ultima guerra (prima, com'è noto, in Italia non c'era democrazia, e Israele non esisteva come stato sovrano indipendente), si sono impegnati, in vario modo e con vari risultati, a implementare tutti quegli spazi

di espressione della personalità del detenuto (lavoro, socialità, creatività, studio ecc.) che permettano il raggiungimento dello scopo rieducativo della pena (sancito, in Italia, dall'art. 27 della Costituzione). In Israele, dove è in atto un graduale processo costituente «a tappe»¹, attraverso l'emanazione di una serie di «Leggi fondamentali»², una grande importanza, su questo piano, ha avuto la giurisprudenza della Corte Suprema, massima autorità giudiziaria del Paese (che assomma in sé prerogative corrispondenti, più o meno, a quelle svolte in Italia dalla Corte Costituzionale, dal Consiglio di Stato, dalla Corte di Cassazione e dalla Corte dei Conti³). Punto di riferimento essenziale, per tale giurisprudenza, la Legge Fondamentale del 1992 sulla Dignità dell'uomo, che ha posto il concetto di dignità al centro dell'ordinamento giuridico, come valore supremo⁴, sancendone l'assoluta inviolabilità. Un principio che coinvolge, ovviamente, anche il detenuto.

È importante ricordare che la dignità dell'uomo non può essere considerata conculcata dalla mera privazione della libertà personale, pena la

- 1 Cfr. F. LUCREZI, *Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele*, in *Teoria del Diritto e dello Stato* 3, 2003, 525 ss., e, con modifiche e altro titolo, anche in ID., *Ebraismo e Novecento. Diritti, cittadinanza, identità*, Livorno, 2009, 105 ss.; R. TONIATTI, *Israele: una costituzione a tappe*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 27/2, 1977, 509 ss.; F. RESCIGNO, *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, Rimini, 1996, 15 ss.; B. AZKIN, *The Place of the Constitution in the modern State of Israel*, in *Israel Law Review*, 1967, 15 ss.; H.E. BAKER, *The Legal System of Israel*, Jerusalem, 1968; ID., *Israel's Legal System*, in *The Israel Yearbook*, 1982, 111 ss.; A. BARAK, *Constitutional Law without a Constitution: the Role of Judiciary*, in S. Shetreet (ed.), *The Role of Court in Society*, Dordrecht, 1988; A. BIN NUN, *The Law of the State of Israel*, Jerusalem, 1990; D. SHIMSHONI, *Israeli Democracy*, New York, 1982.
- 2 Cfr. F. LUCREZI, *Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele*, cit., 109 ss.; F. RESCIGNO, *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, cit., 21 ss.; J. BADI, *Fundamental Laws of the State of Israel: A Critical Account of its Parliament, Executive and Judiciary*, New York, 1963, H.E. BAKER, *The Legal System*, cit.; ID., *Israel's Legal System*, cit.
- 3 Cfr. F. LUCREZI, *Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele*, cit.; G.M. QUER, *Democrazia e diritti umani in Israele. Un modello per un mondo che cambia*, Milano, 2006, 14 ss.; F. RESCIGNO, *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, cit., 194 ss.
- 4 Sull'evoluzione storica di tale concetto in età moderna e contemporanea, cfr., per tutti, F.P. CASAVOLA, *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, a cura di L. Chieffi, F. Lucrezi, Milano, 2019; F. LUCREZI, *Arte, libertà e dignità nella Costituzione*, in G.M. Esposito, F. Fasolino (a cura di), *Cura e tutela dei beni ambientali*, Milano, 2020, 243 ss. e in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2 dicembre 2019, 91 ss.

delegittimazione dello stesso istituto penitenziario. Giuste polemiche suscittò, al riguardo, nel nostro Paese, la richiesta, non accolta, del Giudice di sorveglianza, di richiedere la concessione al pluriergastolano Totò Riina, *in limine mortis*, degli arresti domiciliari, per assicurargli la possibilità di «morire con dignità»: se il carcere fosse, di per sé, una violazione della dignità dell'uomo, sarebbe esso stesso, come istituzione, evidentemente in contrasto con l'art. 3 della Carta Costituzionale. La sua tutela, pertanto, non comporta, automaticamente, che il detenuto, nonostante il suo stato, possa diventare genitore. È evidente, anzi, che tutto (a cominciare dalla tutela dell'eventuale nascituro) va nella direzione opposta.

Come la genitorialità, nelle moderne democrazie (a differenza di quanto accadeva nel mondo antico⁵), non dà diritti sui figli, ma solo doveri, così non esiste, né per gli uomini liberi né per i detenuti, un diritto soggettivo a diventare genitori.

È possibile, com'è noto, ritenere che il concepito sia già 'persona'⁶, e il suo diritto a nascere possa pertanto essere difeso a livello giuridico (vietando, conseguentemente, ogni forma di interruzione volontaria di gravidanza), ma difficilmente può immaginarsi, ovviamente, un «diritto a nascere» per chi non sia stato neanche concepito (anche se va ricordato, al riguardo, il severo monito – riportato da un Midràsh – di Miriam, futura sorella di Mosè, al padre, Amram, che aveva deciso di divorziare per non concepire nuovi figli, sottraendoli così al destino di morte loro riservato dal Faraone: quest'ultimo, secondo la giovane, avrebbe tolto la vita solo ai bambini già nati, mentre Amram avrebbe voluto privare della possibilità di venire al mondo pure i possibili nascituri, anche se non ancora concepiti⁷).

5 Cfr., per tutti, F. LUCREZI, “*Ne peccetur*”, “*quia peccatum est*”. *Sulle ragioni della pena nel mondo antico*, in Y. Ünver (ed.), *Current Problems of Turkish and Roman Law*, Ankara, 2014, 15 ss., e in F. LUCREZI (a cura di), *Minima de poenis*, vol. I, Napoli, 2015, 59 ss.; F. D'IPPOLITO, F. Lucrezi, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, IV ed., Napoli, 2018, 273 ss.

6 Sul punto, per tutti, F. LUCREZI, *L'inizio vita*, in Id., 613. *Appunti di diritto ebraico*, Torino, 2015, 71 ss.; Id., *Persona, vita, natura*, in Id., 7. *Appunti di diritto ebraico II*, Torino 2020, 19 ss.; F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Soveria Mannelli, 2010, 269 ss.; A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002, 183 ss.; Id., *Ebraismo e diritto. Scritti di diritto ebraico e sulla condizione degli ebrei nell'impero romano scelti e raccolti da F. Lucrezi*, in due tomi, Soveria Mannelli, 2010, II, 295 ss.; D. PIATTELLI, *Libertà individuali e sistemi giuridici. Profili storico-giuridici (mondo antico ed Israele)*, Torino, 1997, 225 ss.

7 Cfr. A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., 210.; F. LUCREZI, *L'inizio vita*, cit., 81.

2. Quando si parla delle condizioni del detenuto, del rispetto della sua dignità e dei margini di espressione della personalità che possono essergli concessi nell'ambito del suo particolare stato, ovviamente, occorrerebbe prescindere – in uno stato di diritto – dalle passate responsabilità del soggetto, che ne hanno determinato la condanna.

Un detenuto è tale per ciò che *ha fatto*, non per ciò che *è*, perché il sistema penale sanziona il soggetto in quanto responsabile di uno specifico atto, una determinata azione, non per il suo 'essere' un dato individuo (in ragione, per esempio, della sua appartenenza a una certa categoria). Nel caso della pena detentiva, la persona è chiamata a scontarla in ragione di una sua colpa passata, ma non deve (o non dovrebbe) essere punita per quello che *è*, anche successivamente al delitto. La pena agisce nel tempo, nel senso che esercita i suoi effetti dopo che il delitto è stato commesso, quando il delinquente ha ormai smesso di fare del male.

Va ricordato che tale distinzione è un'acquisizione della cultura giuridica moderna, laddove i diritti antichi oscillavano continuamente, anche sul piano lessicale, tra la repressione di specifiche categorie di crimini (furto, adulterio, stregoneria, eresia ecc.) o di criminali (ladri, adùlteri, streghe, eretici ecc.), mostrando spesso di fare confusione tra le due cose⁸. Non era facile distinguere se la pena sanzionasse l'azione o la persona. Né si può dire che, al giorno d'oggi, tale distinzione, almeno nell'opinione pubblica, sia pacificamente condivisa. Chi, per esempio, sia stato condannato per atti di camorra, di mafia o di pedofilia diventa, fatalmente, un camorrista, un mafioso o un pedofilo, e gli sarà difficile liberarsi da questa etichetta. E il particolare regime carcerario previsto dall'art. 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario 10/10/1986, n. 663, com'è noto, è riservato a soggetti per i quali, indipendentemente dall'aver effettuato ulteriori reati, si ritiene che conservino legami di appartenenza con gli ambienti criminali di provenienza, tali da generare particolari esigenze di tipo cautelare, che prescindono dalla funzione afflittiva della pena.

La specifica vicenda giudiziaria della concessione a Yigal Amir della possibilità di diventare padre nello stato di ergastolano (e senza nessuna previsione di un possibile, ancorché lontano, mutamento di condizione), pertanto, non dovrebbe, in teoria, avere nessuna relazione con la storia per-

8 Cfr. F. LUCREZI, *Il furto di terra e di bestiame in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio' VII*, Torino, 2015, 42 ss., *Id.*, *Magia, divinazione e stregoneria in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio' IV*, Torino, 2007, 15 ss.

sonale del personaggio, né col gesto da lui compiuto, col meritatissimo ergastolo che ne è seguito, e neanche con gli umori delle diverse componenti dell'opinione pubblica israeliana nei suoi confronti.

Questa distinzione, però, si rivela, in pratica, impossibile, non tanto per l'enorme amplificazione data a tale questione dalla sinistra fama del soggetto, ma soprattutto per il fatto che la forte tensione da essa generata ha messo a dura prova l'imparzialità delle autorità che sono state chiamate a pronunciarsi sul merito. Non si è trattato solo di dare risposta alla specifica richiesta di un detenuto e di sua moglie, ma anche di far valere l'autorità e l'equilibrio dello stato nei confronti di qualcosa che sembrava avere letteralmente spezzato in due la storia di Israele, mettendo a dura prova questo equilibrio e questa autorità.

3. Amir, nato a Herzliya il 31 maggio del 1970, in una famiglia di ebrei ortodossi di origine yemenita, era un estremista di destra, studente dell'Università di Bar-Ilan, schierato con quei gruppi intransigenti contrari per principio a qualsiasi dialogo e concessione territoriale a favore degli arabi, nel quadro di un eventuale processo di pace. Va ricordato, riguardo alla collocazione politica del personaggio, che l'estrema destra israeliana, se ha molti punti in contatto con movimenti analoghi europei e americani (quali il razzismo, la xenofobia, l'omofobia, il rifiuto dell'uguaglianza dei sessi, il culto della violenza ecc.), è caratterizzata da un ulteriore tratto specifico, che è la netta connotazione religiosa (o pseudo-religiosa), che ne alimenta il linguaggio e i comportamenti.

Com'è noto, dopo una serie di colloqui tenuti inizialmente segreti, il governo d'Israele e l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina (movimento fino ad allora considerato terroristico) sottoscrissero a Oslo, il 19 agosto 1993, una Dichiarazione di principi, basata sul mutuo riconoscimento e la reciproca condivisione di un percorso comune di pacificazione. Essa (resa possibile da molteplici fattori, tra cui i mutati equilibri politici internazionali, a seguito della dissoluzione dell'Unione Sovietica, la vittoria della coalizione a guida statunitense contro l'Irak di Saddam Hussein e altro ancora) fu poi seguita, il 10 settembre, da uno scambio di lettere di reciproco riconoscimento tra le due parti e infine formalizzata con una solenne cerimonia alla Casa Bianca, il 13 settembre dello stesso anno, alla presenza del Presidente degli Stati Uniti Bill Clinton, del premier israeliano Itzhak Rabin e del Presidente dell'OLP Yasser Arafat. Il 12 ottobre, pur persistendo l'OLP (che raccoglie tutti i Palestinesi, anche quelli della diaspora) come organizzazione, fu fondata l'ANP (Autorità Nazionale Pa-

lestinese), anch'essa presieduta da Arafat, preposta all'amministrazione civile di Gaza e della Cisgiordania. Rabin e Arafat, insieme al Ministro degli Esteri israeliano, Shimon Peres, in seguito, furono insigniti del premio Nobel per la pace (attribuito, certamente, in modo quanto meno prematuro).

L'accordo, salutato con soddisfazione da larga parte dell'opinione pubblica mondiale (schiuso, in particolare, la strada a molteplici riconoscimenti diplomatici di Israele e dell'OLP da parte di molti Paesi esteri, tra cui, particolarmente rilevante, per lo stato ebraico, quello della Santa Sede⁹), scatenò una furiosa reazione da parte di alcune fazioni terroristiche palestinesi. I cd. Fratelli Musulmani, in particolare, colpirono Israele con una ripetuta serie di sanguinosi attentati suicidi contro la popolazione civile (nei confronti dei quali la reazione dell'OLP-ANP apparve decisamente blanda o ambigua).

Anche molti israeliani si dichiararono contrari, ma è importante sottolineare che i due tipi di opposizione non sono assimilabili.

Da parte palestinese non ci fu, infatti, alcun dibattito democratico che permettesse l'espressione di un civile dissenso, e l'avversione si manifestò esclusivamente attraverso la violenza terroristica, da parte di soggetti che agivano in clandestinità, e non contestavano questo o quel punto dell'accordo, ma rifiutavano per principio qualsiasi ipotesi di riconoscimento dello stato ebraico e di fine delle ostilità.

L'opposizione all'interno dell'opinione pubblica israeliana, da sempre avvezza a un aperto e vivace confronto democratico, spesso connotato da toni aspri e accesi, era invece molto articolata: alcuni si opponevano per mancanza di fiducia nell'ex nemico, divenuto improvvisamente interlocutore (argomento, come i fatti confermarono in seguito, non pretestuoso), altri per le modalità dell'intesa, altri per evitare lo smantellamento di alcuni insediamenti, altri ancora per obiezioni di tipo politico o religioso. La divisione attraversava gli stessi ambienti, le singole famiglie, e i dubbi e le paure erano diffusi anche tra i favorevoli agli accordi. Se la precedente pace con l'Egitto, sottoscritta il 17 settembre 1978, sempre a Camp David,

9 Cfr. F. AMARELLI, F. LUCREZI, *Postfazione* a Id. (a cura di), *Il processo contro Gesù*, Napoli, 1999, ed. spagnola, a cura di A. e F. Fernández de Buján, *El proceso contra Jesús*, Madrid, 2002; F. LUCREZI, *I cristiani di fronte alla nascita dello stato di Israele*, in M. e N. Ben Horin, J. Des Rochettes, B. Di Porto, S. Levi Della Torre, F. Lucrezi (a cura di), *La terra di Israele ci interpella*, Camaldoli, 1992, 170 ss.; Id., *La Chiesa cattolica di fronte alla Shoah*, in V.R. Greco (a cura di), *1938-1945. L'industria di Caino*, Salerno, 2014, 29 ss.; Id., *Teologia, politica e diritto nelle relazioni diplomatiche fra Santa Sede e Stato di Israele*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, Milano, 2010, III. 563 ss., e, con modifiche e altro titolo, in Id., *Ebraismo e Novecento*, cit., 117 ss.

tra Begin e Sadat, alla presenza di Carter, era stata accolta in Israele con giubilo, stavolta la speranza della pace si intrecciava a diffusi sentimenti di cautela, dubbio e preoccupazione. C'era la sensazione che fosse in corso una partita molto rischiosa, dal cui esito sarebbero potuti derivare grandi benefici, ma anche grandi danni.

Ma, soprattutto, se la grande maggioranza degli israeliani contrari, pur manifestando aspramente la propria opposizione, si esprimeva comunque con mezzi pacifici (ancorché con grande virulenza verbale), e dichiarava, almeno a parole, di accettare le regole della democrazia, una cospicua minoranza faceva invece aperta istigazione alla disobbedienza e all'uso della violenza contro i governanti d'Israele, accusati di tradimento. Proprio per sabotare gli accordi di Oslo l'estremista israeliano-statunitense Baruch Goldstein, nel 1994, massacrò 29 musulmani in preghiera presso la Tomba dei Patriarchi, a Hebron, ferendone altri 125. Non pochi dichiaravano che avrebbero resistito alle decisioni del governo anche con la forza, e un giovane estremista (oggi, purtroppo, Ministro d'Israele), esibì in televisione lo stemma ufficiale che aveva personalmente sottratto dall'automobile del premier, dicendo: «siamo arrivati alla sua auto, arriveremo a lui»¹⁰.

Amir, chiaramente, era su questa lunghezza d'onda, e decise di passare dalle parole ai fatti. Il 4 novembre del 1995, dopo una manifestazione per la pace a Tel Aviv, in piazza Re d'Israele (dopo rinominata Piazza Rabin), raggiunse il premier e gli sparò alla schiena, uccidendolo, ferendo anche la sua guardia del corpo, Yoram Rubin.

Il Paese, insieme a buona parte del mondo, ammutolì.

Tutte le forze politiche israeliane, anche quelle di opposizione, condannarono con forza (almeno ufficialmente) l'assassinio. Da più parti (soprattutto dalla destra dello schieramento politico, forse anche per fugare dubbi sulle proprie posizioni) fu invocata l'applicazione della pena capitale (che, com'è noto, nell'intera storia di Israele è stata comminata una sola volta, il 31 maggio 1962, per il criminale nazista Adolf Eichmann¹¹). Niente, nel Paese, sarebbe mai più tornato come prima.

A termine di un processo durato dal gennaio al marzo 1996, l'assassino fu condannato all'ergastolo più 14 anni di prigione per omicidio, cospirazione (agi di concerto con suo fratello Hagai e un amico) e aggressione, con diverse circostanze aggravanti. Le perizie psichiatriche ne attestarono la perfetta lucidità mentale. Nel processo ammise la sua responsabilità (an-

10 Cfr. F. LUCREZI, *Perplesso senza guida* 1, in *Osservatorio Enzo Sereni*, 17 gennaio 2022.

11 Cfr. F. LUCREZI, *Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele*, cit.

che se disse che sua intenzione sarebbe stata solo quella di paralizzare la vittima, non di ucciderla), riconoscendo di avere violato la legge umana, ma si giustificò affermando di averlo fatto in ottemperanza alla superiore legge divina. Dichiarò, fra l'altro, di aver voluto, col suo gesto, impedire a una piccola minoranza di atei di trasformare il santo Israele in uno stato laico, uguale a tutti gli altri.

Né lui né il fratello (anch'egli condannato) hanno mai mostrato il minimo cenno di pentimento. Ha sempre continuato a indossare la kippà, il copricapo rituale degli ebrei osservanti. Il significato dell'indumento consiste nel ricordare all'uomo che ha un limite, e che, sopra di lui (quindi sopra la kippà), c'è il Signore che lo guarda e giudica. È quindi innanzitutto un segno di umiltà, e provoca profondo sconcerto vederlo esibito da chi ritiene di potersi addirittura sostituire all'Altissimo, privando un essere umano della vita (e violando non solo il sesto Comandamento¹², ma anche uno dei sette precetti noachidi, valevoli per tutta l'umanità¹³).

Il gesto di Amir, e anche la sua blasfema profanazione dei simboli religiosi, continuano a suscitare sgomento, esecrazione e ripugnanza nella grande maggioranza dell'opinione pubblica israeliana ed ebraica, a livello mondiale. Ma non si può tacere che, agli occhi di altri (non molti, ma neanche tanto pochi), il terrorista, purtroppo, continua ad apparire un eroe. E piuttosto alta, in alcuni ambienti di estremisti religiosi (o, ripetiamo, pseudo-tali), è la percentuale di coloro che credono egli sia in realtà innocente, e che Rabin sia stato assassinato dai sevizi segreti.

4. Come in molti stati di diritto, anche in Israele l'ergastolo permette comunque, in caso di buona condotta, il rilascio anticipato del prigioniero, in base a grazia presidenziale e a buona condotta. La grazia, che è stata richiesta, è stata però sempre negata ad Amir dai Presidenti di Israele (al cui giudizio insindacabile essa è rimessa¹⁴), e anche diversi premier, di differente colore politico, si sono sempre detti contrari.

È andato però gradualmente montando un movimento di opinione favorevole alla scarcerazione del terrorista. Esso è stato portato avanti soprat-

12 Secondo la numerazione ebraica: cfr. F. LUCREZI, *Il furto di terra e di bestiame in diritto ebraico e romano*, cit., 57 ss.

13 Cfr. F. LUCREZI, 7, cit., *passim*.; A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., 6 ss.

14 Sui poteri presidenziali nell'ordinamento israeliano, per tutti, F. RESCIGNO, *Scritti sul sistema istituzionale israeliano*, cit., 103 ss.

tutto dalla famiglia di Amir e da organizzazioni della destra radicale, ma al suo interno sono comunque presenti valutazioni di diverso tipo.

Al di là delle comprensibili aspettative dei familiari, che non possono essere sindacate, sono distinguibili, all'interno di questa campagna – che ha preso piede soprattutto a partire dal 2007 –, soprattutto tre differenti motivazioni.

Una prima ragione (a volte dichiarata pubblicamente, più spesso occulta) è l'esistenza di più o meno esplicite forme di solidarietà (di varia forma e intensità) per il personaggio, o, quanto meno, di non netta condanna del suo operato. È evidente che chi nutre sentimenti del genere appartiene a minoranze estremiste e fanatiche, nutrite di odio e violenza, e sentimenti di tal genere vengono rigettati con forza e sdegno dalla larga maggioranza dell'opinione pubblica israeliana (forse, al giorno d'oggi, un po' meno larga di prima, chi sa). Tali posizioni esercitano una forte influenza sul dibattito relativo alla questione della scarcerazione di Amir, ma, comprensibilmente, soprattutto in senso opposto, ossia contribuendo a rafforzare l'avversione a tale idea: anche coloro che, per altre ragioni, non escluderebbero una liberazione anticipata, infatti, sono indotti al silenzio o alla prudenza, per timore di essere confusi con i sostenitori (o i «non condannatori») dell'assassino. Si può ammettere la liberazione anticipata del prigioniero sulla base della forza e della serenità dello stato di diritto, ma è difficile farlo nel momento in cui tale gesto viene presentato come un premio ai negatori delle regole della democrazia.

Una seconda motivazione consiste nel fatto che si può pensare che il detenuto riceva un trattamento più severo di quello riservato ad altri responsabili di gravi reati di sangue, anche se non carichi della sua sinistra notorietà. L'istituto della grazia (che, come ricordato, rientra nei poteri presidenziali), viene generalmente usato anche per gli ergastolani, dopo un lungo periodo di detenzione, ma ciò non è stato fatto nel caso in questione. Non solo, ma si è anche cercato di impedire che possa mai accadere in futuro. Il 19 dicembre 2001, infatti, la Knesset, emanò, con una ridotta maggioranza, una legge che vieta di raccomandare la grazia presidenziale a chi abbia assassinato un Primo Ministro in carica. La norma (ribattezzata «Legge Amir») è stata aspramente criticata, in quanto – pur non incidendo su una sentenza già emanata – sarebbe andata, in pratica, a trasformare gli effetti della stessa, modificando di fatto una sanzione applicata per un crimine già avvenuto, e andando così a violare il principio basilare dell'irretroattività della legge penale. Diversi opinionisti hanno obiettato che non sarebbe stato giusto negare a un singolo ergastolano ciò che viene di regola concesso ad altri. Se Yigal Amir ha meritato l'ergastolo, perché la sua pena

deve essere più afflittiva di quella riservata a soggetti condannati in egual modo? Discutibile, inoltre, è stato giudicato dare, implicitamente, alla vita di un premier maggior valore di quello della vita di un cittadino qualsiasi.

Un terzo argomento che viene sollevato merita particolare considerazione. Lo stato di Israele, nella sua lunga e dura lotta contro i propri nemici, si è visto più volte costretto ad addivenire a degli scambi di prigionieri, attraverso i quali alcuni soldati israeliani catturati – e non macchiatisi di alcun crimine, se non quello di vestire una divisa – sono stati scambiati, in percentuali fortemente squilibrate, con spietati terroristi, colpevoli di efferati delitti contro la popolazione civile. Ecclatante il caso del soldato Gilad Shalit, scambiato, lui solo, con quasi mille prigionieri, molti dei quali pluriassassini. Un terrorista palestinese può sempre sperare in qualcosa del genere, un terrorista israeliano, come Amir, evidentemente, no. Ciò a molti, e non senza ragione, pare ingiusto, perché la legge, come si dice, dovrebbe essere uguale per tutti.

Il principio dell'imparzialità del diritto e dell'uguaglianza di tutti di fronte alla legge è un elemento centrale della millenaria tradizione giuridica ebraica¹⁵, confluito pienamente nell'ordinamento dello stato d'Israele¹⁶ (ove, com'è noto, manca una vera e propria Costituzione, ma è in corso un graduale processo costituente «a tappe»¹⁷), ove, in genere, è sempre stato rispettato (anche se di recente, su questo fronte, pare registrarsi, purtroppo, qualche arretramento¹⁸). Tale principio, però, vale soprattutto per i cittadini israeliani (sono andati in prigione, e non certo per ritorsioni politiche, Presidenti in carica, come Moshe Katzav, o ex Premier, come Ehud Olmert), non per condannati di altra nazionalità. L'imparzialità della legge sembra quindi relativa, limitata, tanto da fare apparire ad alcuni non equo che Amir debba sopportare una pena tanto più pesante di quella patita da soggetti che hanno versato molto più sangue di lui. Uno squilibrio determinato dalla situazione di conflitto in cui versa il Paese¹⁹, certo («*Silent leges inter arma*»²⁰), ma pur sempre uno squilibrio, un *vulnus* dello stato di diritto.

15 Cfr., per tutti, A.M. RABELLO, *Ebraismo e diritto*, cit., *passim*; F. LUCREZI, 613. *Appunti di diritto ebraico* I, Torino, 2015; Id., 613, cit., *passim*; Id., 7, cit., *passim*.

16 Cfr., per tutti, F. LUCREZI, 613 cit., 20 ss., 30 ss.

17 Cfr. F. LUCREZI, *Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele*, cit.; A. TONIATTI, *Israele*, cit.

18 Cfr. F. LUCREZI, *Perplesso senza guida* 2, 3, 4, 5, su *Osservatorio Enzo Sereni*, 24 gennaio 2022, 31 gennaio 2022, 7 febbraio 2022, 14 febbraio 2022.

19 Sui problemi della conciliazione tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti umani in Israele, per tutti, G.M. QUER, *Democrazia*, cit., 66 ss.

20 Cic., *Pro Milone* IV. 10.

5. Ci si è chiesti, poi, se il detenuto Amir, oltre che per il suo efferato delitto, non paghi anche, in qualche modo, per essere divenuto un simbolo. Ciò sarebbe chiaramente qualcosa di patologico, perché uno stato di diritto può punire gli uomini solo per ciò che hanno fatto, non certo per ciò che rappresentano. È vero che lo stesso Amir contribuisce attivamente al suo essere un simbolo, nel momento che continua a rivendicare il suo gesto violento. Si potrebbe obiettare che ciò non dovrebbe essere rilevante, e che solo gli stati ideologici, come l'Unione Sovietica, costringono alle abiure, mentre gli stati di diritto non dovrebbero mai farlo (anche se, nel nostro Paese, per esempio, è stata conosciuta la triste stagione della legislazione premiale, negli «anni di piombo», a favore dei cosiddetti 'pentiti', che, per motivi di emergenza, ha generato gravissime e intollerabili disparità di trattamento tra i diversi condannati).

In generale, è sempre molto negativo l'intreccio tra giustizia e politica. E tale intreccio, nel caso di Amir, è innegabile. Una sua eventuale scarcerazione anticipata nell'odierno scenario politico israeliano, in particolare, sarebbe vista da larga parte dell'opinione pubblica come un segnale inquietante, dal momento che dell'attuale governo fanno parte anche alcuni esponenti politici ricollegabili, in vario modo, al clima di odio e intolleranza che determinò, ventinove anni fa, l'assassinio di Rabin. Sono considerazioni, ripetiamo, che non dovrebbero riguardare lo specifico caso del detenuto, che dovrebbe essere esaminato sull'esclusivo piano del diritto e della giustizia. Ma il loro peso è comunque innegabile.

C'è anche da dire che contro la scarcerazione di Amir si ergono anche fondate ragioni di sicurezza. Avendo sempre rivendicato la legittimità (anzi, la doverosità) del suo gesto, cosa impedisce di pensare che non lo possa ripetere, contro qualcun altro? Il fratello Higai, per esempio, sempre dettosi orgoglioso del proprio operato, fu scarcerato nel 2012, ma nel 2015 è stato nuovamente imprigionato per avere pubblicamente invitato all'assassinio dell'allora Presidente Rivlin. Anche tra la finalità punitiva della pena e la sua funzione preventiva²¹ appare dunque difficile operare una distinzione.

6. Amir, sottoposto a un lungo periodo di detenzione in condizioni più restrittive di quelle consuete (ma comunque meno rigide di quelle previste in Italia dal ricordato art. 41 bis), si appellò al Tribunale competente

21 Cfr., per tutti, F. LUCREZI, *Ne peccetur*, cit.; ID., *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli, 1992, 191 ss.

di Petha Tikva, lamentando la modalità del suo trattamento carcerario, chiedendo, fra l'altro, di poter avere il permesso di pregare in compagnia (collegando la richiesta al principio della libertà di culto²²). Tali richieste furono in parte esaudite, e, nel 2012, lo stato di relativo isolamento fu revocato. Ma le rimostranze continuarono, e il detenuto iniziò anche uno sciopero della fame.

In carcere aveva cominciato a ricevere le visite di un'ebrea ortodossa, immigrata dalla Russia, Larisa Trembovler, che si recò da lui insieme al marito Benjamin – dal quale aveva avuto quattro figli –, esprimendogli vicinanza ideologica. La donna iniziò un rapporto di corrispondenza epistolare e telefonica, che sfociò in un legame sentimentale. Nel 2003 la donna divorziò dal marito, e annunciò il proprio fidanzamento con Amir.

La coppia avanzò richiesta di potersi unire in matrimonio, che fu rigettata dal Servizio penitenziario nazionale. Il rifiuto fu impugnato innanzi al Tribunale distrettuale di Tel Aviv. Gli Avvocati difensori di Amir, nel sostenere la richiesta, richiamarono svariati precedenti di matrimoni celebrati in carcere, anche di detenuti assoggettati a pesanti condanne.

Nell'agosto del 2004 ai due fu permesso di effettuare un matrimonio per procura, che fu poi convalidato da un tribunale rabbinico. Acquisito tale status, i coniugi avanzarono richiesta di poter concepire un figlio tramite inseminazione artificiale omologa (ammessa tanto dalla legge statale israeliana quanto dalla giurisprudenza rabbinica²³).

Diversi parlamentari chiesero che tale trattamento non fosse permesso, tanto da indurre Amir a un nuovo sciopero della fame. L'opinione pubblica israeliana seguì la vicenda con grande lacerazione interna, dividendosi tra favorevoli e contrari (la maggioranza) all'accoglimento della richiesta, sulla base di molteplici motivazioni, nelle quali andavano a intrecciarsi e sovrapporsi svariate considerazioni giuridiche, etiche e politiche.

La richiesta, tra molte polemiche, fu alla fine accolta, nel marzo del 2006, dal Servizio penitenziario nazionale. L'inseminazione fu praticata con successo, e il 28 ottobre 2007 venne alla luce un figlio, a cui fu dato nome Yinon Eliya Shalom.

22 Sul punto, in generale, cfr. F. LUCREZI, *Laicità e libertà di culto in Italia e Israele*, in Id., *Ebraismo e Novecento*, cit., 143 ss.

23 Cfr. A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit. 183 ss. Sui vari problemi giuridici del ricorso all'inseminazione artificiale, a livello internazionale, cfr., per tutti, L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018.

7. Un giudizio sull'opportunità – sul piano etico e giuridico – di concedere alla coppia Amir-Trembovler la possibilità di procreare, nonostante lo stato di ergastolano del padre, può essere formulato su due distinti livelli: come adempimento del dovere di rispettare un diritto soggettivo o la dignità del detenuto, oppure come una scelta discrezionale.

Nel primo caso la risoluzione delle autorità penitenziarie israeliane sarebbe stata doverosa, nel secondo avrebbe risposto solo a considerazioni di possibilità e opportunità.

Ci si deve innanzitutto chiedere, quindi, se l'accesso alla genitorialità possa essere incluso tra i generali diritti fondamentali della persona umana, connessi alla dignità della stessa, così come riconosciuti (in modo elastico ed 'espansivo'²⁴), in particolare, dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948²⁵, e poi, in Israele, dalla Dichiarazione d'Indipendenza del 1948 e dalla Legge Fondamentale del 1992 sulla Dignità dell'uomo²⁶ (ma, in realtà, già da molto prima, nell'ambito della millenaria speculazione rabbinica sul diritto ebraico²⁷).

Su questo piano, non c'è dubbio che la risposta deve essere negativa. La possibilità di diventare genitore non è un diritto soggettivo del detenuto, in quanto non lo è, come abbiamo detto, neanche per gli uomini liberi. Il fatto che tale richiesta sia stata accompagnata da una molteplicità di ulteriori pretese avanzate – quali quelle di uscire dall'isolamento, di pregare in compagnia, di potere usufruire di permessi premio ecc. –, ha dato la sensazione che essa fosse da interpretare nell'ambito del più generale problema delle condizioni di detenzione, più o meno restrittive e afflittive.

Le condizioni carcerarie israeliane – pur, ovviamente, perfettabili – sono certamente in linea con i più elevati standard mondiali, sottoposte a continui controlli da parte delle autorità giudiziarie e pienamente conformi, in particolare, alla risoluzione 45/111 dell'Assemblea Generale ONU, del 14 dicembre 1990, sui «*Basic Principles of Prisoners*». Ma concedere o negare la possibilità dell'inseminazione artificiale non significa assolutamente optare per un regime carcerario rispettoso o meno della dignità dell'uomo. La procreazione è qualcosa di intrinsecamente incompatibile con lo stato

24 Cfr. F. LUCREZI, *Arte*, cit.

25 Cfr., per tutti, F.P. CASAVOLA, «*De hominis dignitate*», cit.

26 Cfr. F. LUCREZI, *Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele*, cit.

27 Cfr., per tutti, F. LUCREZI, *La giurisprudenza in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* X, Torino, 2022, *passim*; ID., 613, cit., 1 ss.; A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., 59 ss.; ID., *Ebraismo e diritto*, cit., II, 99 ss.

di detenzione, e la presa d'atto di questa incompatibilità non può in nessun caso essere intesa come una violazione della dignità del detenuto, a meno – come abbiamo già osservato, a proposito del fine vita – di non considerare il carcere, di per sé, offensivo di tale dignità.

Se la procreazione può essere permessa, ciò avviene nell'ambito della discrezionalità delle scelte delle autorità penitenziarie, e non certo sulla base del doveroso riconoscimento di un diritto della persona.

La scelta effettuata per i coniugi Amir-Trembovler era quindi discrezionale, e va quindi valutata solo sul piano della sua opportunità pratica, non come riconoscimento di un diritto.

E il giudizio, riguardo a tale decisione – ossia quella di accordare alla coppia l'accesso alla genitorialità – non può non essere nettamente negativo.

Così come l'essere già genitori, nei moderni stati di diritto, non comporta, come abbiano detto, dei diritti, ma solo dei doveri (volti ad assicurare al figlio le migliori condizioni per un corretto sviluppo della sua personalità), anche ogni scelta riguardo al permettere di diventarlo (ossia quando il figlio ancora non esiste, neanche come embrione) non può non essere basata sull'interesse primario dell'eventuale nascituro. Se il bisogno di affettività dei genitori può essere preso in considerazione, è però evidente che la sua soddisfazione è del tutto subordinata al bene del figlio che si vuole mettere al mondo.

Quando a un'autorità pubblica è demandata la delicata scelta di permettere a qualcuno di diventare genitore, la prima domanda che deve essere posta è se il potenziale nascituro troverebbe un ambiente adatto a garantirne una crescita serena ed armoniosa. Perché i bambini non sono un trastullo dei genitori, non sono un loro «bene disponibile»²⁸. Come, per i minori, ogni scelta (in materia, per esempio, di affidamento, cure mediche, educazione ecc.), in caso di contrasto tra i genitori o di loro valutazioni contestate, va presa tenendo conto sempre ed esclusivamente il criterio del «best interest» del fanciullo o ragazzo (un criterio oggi seguito anche per le scelte relative agli animali domestici²⁹), l'identico principio va seguito nelle scelte relative a soggetti non ancora concepiti. Nel momento in cui un bambino è nato, egli deve godere, in ogni caso, di tutti i diritti. Nel periodo prenatale, com'è noto, c'è diversità di vedute su

28 Sulla questione della volontà dei soggetti, della loro capacità di disposizione e dei loro limiti, nell'ambito dell'odierno dibattito bioetico, cfr., per tutti, E. CALÒ, *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*, Milano, 1999.

29 Cfr. F. LUCREZI, *I diritti degli animali non umani*, in Id., 7, cit. 31 ss.; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da 'res' a persone*, Torino, 2005.

quale possa essere la posizione giuridica del nascituro³⁰. Ma, quando non c'è neanche stato alcun concepimento, il permettere che esso avvenga deve accadere sulla base di una obiettiva ed equilibrata valutazione di ciò che attende l'essere chiamato a vedere la luce.

Già da molti anni, ormai, si parla di 'diritti' a tutela di 'entità' che non sono soggetti giuridici, o perché non esseri umani, o in quanto esseri umani non più o non ancora in vita. Diritti delle generazioni future³¹, diritti degli animali non umani³², diritti alla tutela della memoria di persone scomparse³³ e altro ancora. Diritti senza soggetto, o, per parafrasare Pirandello, in cerca di soggetto. Ed è pertanto legittimo pensare a un diritto di chi non esiste a non essere concepito, e a non nascere.

Quando una coppia concepisce un figlio, ovviamente, non deve chiedere permesso a nessuno. E, infatti, molto spesso vengono al mondo delle vite con un destino amaro. A volte le cose cambiano in meglio, altre in peggio. Ma, quando è un'autorità statale a dovere prendere la decisione se permettere un concepimento o no, è chiaro che l'unica cosa che essa dovrebbe prendere in considerazione è il tipo di vita a cui il nascituro andrebbe incontro. E quali condizioni peggiori possono esistere rispetto a quelle del figlio della coppia Amir-Trembovler? Condannato a crescere senza padre e, presumibilmente, a essere educato da una madre imbevuta di un'ideologia di morte, che, sempre presumibilmente, trasmetterà al figlio. Destinato a convivere con un cognome così imbarazzante, a diventare il vessillo permanente di quel «simbolo» detestato e ammirato. Un fardello davvero pesante. La considerazione, in particolare, che chi nasce non avrà l'educazione di un padre, ha sollevato, in diversi casi di richiesta di inseminazione artificiale, in vari Paesi, fondate perplessità, che hanno per lo più portato al rigetto della richiesta (per esempio, nel caso di eventuali nascite da soggetti defunti). E, nel caso in questione, si è in presenza della particolare oscillazione tra una «non educazione» e una (secondo ogni verosimile previsione) «cattiva educazione».

30 Cfr. F. LUCREZI, *L'inizio vita*, cit.; A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., 183 ss.; ID., *Ebraismo e diritto*, cit. II, 293 ss.; D. PIATTELLI, *Libertà individuali e sistemi giuridici*, cit., 225 ss.

31 Cfr. F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita*, cit., 405 ss.

32 Cfr. F. LUCREZI, *I diritti degli animali non umani*, cit.; ID., *Persona, vita, natura*, cit.; ID., 613 cit., 75 ss.; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali*, cit.; F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita*, cit., 515 ss.

33 Cfr. G. ATTADEMO, C. BIANCO, P. GIUSTINIANI, F. LUCREZI, *Sotto il segno della razza. Lo sterminio dei bambini*, Milano, 2021.

È evidente, poi, che l'esistenza del bambino, oggi ragazzo, e il suo bisogno di avere un padre, vengono addotti come ulteriori argomenti a favore della liberazione anticipata di Yigal Amir. Ma essa non deve e non può avvenire, per molte ragioni. L'ostinazione del soggetto nel rivendicare il suo gesto lo rende ancora un pericolo concreto, e il rischio di atti emulativi è serio e reale. Proprio nel momento attuale, in cui la democrazia israeliana, da sempre oggetto di forti minacce esterne, è anche sottoposta a consistenti insidie interne³⁴, è quanto mai necessario che lo stato di diritto conservi gelosamente la sua forza e la sua autorità. La grazia presidenziale, in Israele come in Italia, presuppone il ravvedimento del reo e la sua cessata pericolosità. Nel nostro caso, non si è verificata nessuna delle due circostanze, per cui non deve e non può essere concessa.

Sia chiaro, oggi Yinon Amir esiste, e tutti i suoi diritti devono essere pienamente tutelati, anche se la sua legittima aspettativa a essere educato da un padre non può essere esaudita. Le colpe dei padri non devono ricadere sui figli, e gli auguriamo sinceramente ogni bene.

La nascita di un individuo segna uno spartiacque tra il «non essere» e «l'essere»³⁵, ed è anche difficile pensare a un essere umano contemplando l'ipotesi che non esista, non sia mai esistito. Dire, oggi, che Yinon «non avrebbe dovuto nascere» suonerebbe offensivo. Egli vive, gode dei suoi diritti e della protezione della sua dignità, così come a lui si chiede (oggi da minorenne, domani da maggiorenne) di adempiere ai suoi doveri e alle sue responsabilità di cittadino. E, a titolo personale, mi permetterei anche di chiedergli, se continuerà a professare la religione dei suoi genitori, di non profanarla, come loro, con interpretazioni aberranti e malate.

Per il resto, dico solo che quella decisione riguardo alla genitorialità di Yigal Amir è stata sbagliata.

34 Cfr. F. LUCREZI, *Perplesso senza guida*, cit., 1, 2, 3, 4.

35 Cfr. F. LUCREZI, *Intervento alla tavola rotonda del 19 febbraio 2007* (Facoltà di Giurisprudenza della II Università di Napoli, in occasione della presentazione del libro *La nascita. I mille volti di un'idea*), in R. Prodromo (a cura di), *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, Torino, 2008, 343 ss.

GIANLUCA GUIDA, ALESSIA MACCARO*

I DIRITTI DEI MINORI DETENUTI

SOMMARIO: 1. La detenzione dei minori: una questione bioetica e biogiuridica. 2. Riferimenti normativi: la legislazione d'emergenza e successive aperture. 2.1 Il presupposto della sentenza della Corte costituzionale. 2.2 Le ragioni della legislazione dell'emergenza. 2.3 I precedenti della Corte costituzionale. 3. La personalizzazione del trattamento. 4. Giustizia e dignità come binomio «capacitante».

1. La questione dei minori sottoposti a restrizione della libertà personale a causa delle azioni criminose commesse solleva non poche riflessioni filosofiche, etiche, giuridiche e sociologiche sul concetto di pena, di colpa, di giustizia che tanti pensatori nel corso della storia hanno approfondito¹. Tuttavia parrebbe che una prospettiva interdisciplinare, quale quella della bioetica e del biodiritto², possa consentire uno sguardo più attuale, nonché pluriprospettico su un tema che chiama in causa molteplici questioni.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) si è infatti occupato dei detenuti in non poche occasioni, denunciando la condizione di precarietà

* Gianluca Guida è Direttore del *Centro Europeo di Studi sulla Devianza e sulla Criminalità Minorile di Nisida*, ha ricoperto numerosi incarichi di insegnamento sui temi della criminologia, della legislazione minorile ed è attualmente docente di Pedagogia penitenziaria e della devianza presso la Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale-Sezione San Tommaso d'Aquino. L'autore si è occupato dei paragrafi 2 (2.1, 2.2, 2.3) e 3. Alessia Maccaro è Ricercatrice in bioetica presso l'Università di Warwick (UK) e si è occupata dei paragrafi 1 e 4.

1 Non semplice è riproporre una bibliografia multidisciplinare sul tema, si segnalano pertanto un classico come M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976. E alcuni testi più recenti: G. FERRARO, *Filosofia in carcere. Incontri con i minori di Nisida*, Napoli, 2006; G. MANCA, *Minori in carcere: quale educazione?*, in *Annali della Facoltà di Lettere e filosofia dell'Università di Sassari*, Vol. 1, 2009, 613-625.

2 Per fare solo un esempio, l'intero numero 4/22 della rivista *Biolaw Journal* è stato dedicato al tema della condizione detentiva: <https://teseo.unitn.it/biolaw/issue/view/179> (accesso Febbraio 2023).

esistenziale in cui versano a causa delle asperità ambientali degli istituti carcerari e la peculiare vulnerabilità di una categoria di persone a cui la limitazione della libertà personale porta sovente alla negazione di altri diritti fondamentali e di cittadinanza. Ciò non solo è considerato inaccettabile, ma corrobora il rischio di problemi di salute mentale³, che possono rappresentare una delle concause di gesti estremi. Difatti, nel parere dal titolo *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici* del 2010⁴ il CNB fa appello ad una responsabilità sociale che apre al dovere morale del rispetto della dignità dei detenuti:

Il richiamo alla responsabilità sociale è rafforzato dalla considerazione della particolare vulnerabilità bio-psico-sociale della popolazione carceraria rispetto a quella generale. Ne deriva il preciso dovere morale di assicurare un ambiente carcerario che rispetti la dignità delle persone in un percorso di reintegrazione sociale, alla luce di una riconsiderazione critica delle politiche penali. Il Comitato ritiene che il carcere possa sospendere unicamente il diritto alla libertà, senza annullare gli altri diritti fondamentali, come quello alla salute e alla risocializzazione, scontando una pena che non mortifichi la dignità umana.

In tale orizzonte il CNB si dichiara a favore dello «sviluppo di un sistema di pene più aderente ai principi costituzionali» e di una «personalizzazione del trattamento»⁵ che possa rappresentare una tutela della specialità singolarissima di ciascuno e della sua dignità. Pertanto in questa sede si proverà ad argomentare dell'evoluzione giuridica che ha riguardato la tutela dei minori detenuti, differenziata rispetto agli adulti, per ragioni e significati specifici, che ha conosciuto di recente ulteriori sviluppi⁶.

Come anticipato, l'angolazione ermeneutica della bioetica consente una prospettiva peculiare sulla questione della detenzione, anzitutto in quanto è di pertinenza della bioetica ciò che attiene alla cura della salute⁷ intesa come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non

3 Cfr. CNB, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 22 Marzo 2019, <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/salute-mentale-e-assistenza-psichiatrica-in-carcere/> (accesso Febbraio 2023).

4 CNB, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, 25 Giugno 2010: https://bioetica.governo.it/media/1850/p91_2010_suicidio-in-carcere_it.pdf (accesso Febbraio 2023).

5 *Ivi*, 1.

6 Cfr. su ciò C. SCIVOLETTO, *Sistema penale e minori*, Roma, 2022.

7 Del diritto alla salute in carcere il CNB si occupa nel Parere CNB, *La salute "dentro le mura"*, 27 settembre: https://bioetica.governo.it/media/1825/p113_2013_salute-dentro-le-mura_it.pdf (accesso Febbraio 2023).

semplice assenza di malattie»⁸, ma anche la tutela di diritti fondamentali e dignità dei soggetti come gli individui in reclusione, ancor più se minori, la cui condizione di vulnerabilità⁹, così come rimarcato dalla Dichiarazione di Barcellona del 1998¹⁰, si rende meritevole di una tutela maggiore.

Se l'orizzonte di competenza della bioetica è segnato dalle "scienze della vita e dalla cura della salute", allora è suo compito segnalare i settori in cui emerge una condizione di disagio e di crisi delle prospettive relazionali e di cura, evidenziando le condizioni sociali e politiche che li alimentano e proponendo, al contempo, specifici correttivi e soluzioni. Come sottolinea il CNB, nell'introduzione al documento sul suicidio degli adolescenti, i concetti di identità/soggettività di persona in senso etico giuridico e di società costituiscono punti di riferimento irrinunciabili che sostanziano il discorso bioetico.¹¹

Come scriveva il noto biogiurista Stefano Rodotà, riprendendo un'espressione della filosofa americana Martha Nussbaum¹² di cui si argomenterà più oltre, la perdita dei diritti e dignità porta alla definizione di «non persone», rispetto a cui si oppone una diversa antropologia, quella che pone al centro l'umanità e la «costituzionalizzazione della persona»¹³. Tale difesa dei diritti fondamentali dei detenuti non si limita al diritto alla libertà, o a quello sopraccennato alla salute, ma comprende anche «i diritti all'incolumità, alla salute, alla risocializzazione ed altri ancora non sono garantiti»

8 WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Constitution of the World Health Organization*, 1948: <https://apps.who.int/gb/gov/assets/constitution-en.pdf> (accesso Febbraio 2023).

9 Cfr. CNB, *Vulnerabilità e cura nel welfare di comunità. Il ruolo dello spazio etico per un dibattito pubblico*, 10 dicembre 2021: https://bioetica.governo.it/media/4439/p145_2021_vulnerabilita-e-cura-nel-welfare-di-comunita_it.pdf (accesso Febbraio 2023).

10 Cfr. *The Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw* (adopted in November 1998 by Partners in the BIOMED II Project) consultabile al sito: <https://www.is-titutobioetica.it/documenti-di-riferimento/documenti-di-riferimento/187-documenti/556-the-barcelona-declaration-on-policy-proposals-to-the-european-commission-on-basic-ethical-principles-in-bioethics-and-biolaw> (accesso Febbraio 2023).

11 Ivi, 6. Il documento a cui si riferisce il passo citato è CNB, *Il suicidio degli adolescenti come problema bioetico*, 17 luglio 1998. <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/il-suicidio-degli-adolescenti-come-problema-bioetico/> (accesso Febbraio 2023).

12 Cfr. M. NUSSBAUM, *Diventare persone*, Bologna, 2001.

13 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012. Cfr. anche E. D'ANTUONO (a cura di), *Etica, bioetica, cittadinanza. Per Stefano Rodotà costruttore di umanità*, Roma, 2020.

ed è per questo che si richiede una «promozione di un ambiente che rispetti le persone e lasci aperta una prospettiva di speranza e un orizzonte di sviluppo della soggettività in un percorso di reintegrazione sociale»¹⁴.

E tale discorso è ancora più incisivo quando si argomenta di minori che attraversano una fase importante di crescita e sviluppo della personalità che va tutelata ed accompagnata attraverso dinamiche costruttive di relazione. «La sempre più approfondita consapevolezza della realtà dell'uomo quale essere-in-relazione ha portato, nell'ambito della recente riflessione sociologica, a rivedere l'obsoleta dicotomia tra diritti individuali e diritti collettivi e ad introdurre la categoria di diritti "relazionali"»¹⁵. S'intende allora che la pena per il minore non solo non deve essere contraria «al senso di umanità», ma deve «tendere alla rieducazione del condannato», come recita l'art. 27 comma 3 della Costituzione della nostra Repubblica. Per il minore la rieducazione si accompagna al suo processo di crescita che si esprime preservando la relazione con il mondo di «fuori» ovvero attraverso la possibilità di «svolgere la sua personalità» nelle formazioni sociali, come recita l'art. 2 Cost.

In tal senso si muove la legge italiana che prevede per i minori programmi riabilitativi e di educazione, considerando la detenzione minorile come un'ultima estrema risorsa. Tuttavia, dalle pagine che seguono sarà possibile dettagliare come per i minori, pure se imputati dei reati più gravi, sempre più ci si orienti in direzione del riconoscimento del diritto a un trattamento individualizzato, che rappresenta la chiara posizione dello Stato indifesa della specialità della condizione esistenziale dell'adolescente¹⁶, ancora aperta ad un ventaglio infinito di possibilità ed inversioni di rotte.

2. – 2.1 Il legislatore nel promulgare il Decreto Legislativo del 2 ottobre 2018, n. 121 recante «Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lett. p), della legge 23 giugno 2017, n. 103» all'art. 2, comma 3 aveva previsto che, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno

14 CNB, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, cit., 6-7.

15 CNB, *Bioetica con l'infanzia*, 22 Gennaio 1994, 47. <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/bioetica-con-linfanzia/> (accesso Febbraio 2023).

16 CNB, *Il suicidio degli adolescenti come problema bioetico*, 17 luglio 1998: <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/il-suicidio-degli-adolescenti-come-problema-bioetico/> (accesso Febbraio 2023).

a norma dell'art. 21 op¹⁷, si applicassero le preclusioni contenute all'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), il quale consente la concessione dei benefici penitenziari ai condannati per taluni delitti espressamente indicati, solo nei casi in cui gli stessi collaborino con la giustizia.

Ampia dottrina ritiene che le preclusioni di cui all'articolo 416-bis c.p. e le limitazioni previste dall'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario, entrambe espressione della cosiddetta legislazione dell'emergenza nata per fronteggiare il fenomeno mafioso, laddove applicate ad un detenuto in esecuzione di misura per un reato compiuto ancora minorenni debbano essere utilizzate conformemente all'ormai univoca interpretazione fornita dalla Corte costituzionale e di recente ribadita nella sentenza 263/2019 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121. Il giudizio di legittimità costituzionale era stato sollevato dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, in funzione di tribunale di sorveglianza, rilevando come la norma impugnata fosse in contrasto con gli artt. 2, 3, 27 terzo comma, 31 secondo comma¹⁸, 76¹⁹ e 117 primo comma²⁰, della Costituzione.

-
- 17 L'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 – ordinamento penitenziario (da ora riportato come op) prevede che i detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'art. 15 op; la norma richiamata prevede che il trattamento del condannato e dell'internato sia svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia.
- 18 Sarebbero violati gli artt. 2, 3, 27 e 31 Cost., perché siffatto automatismo, che si fonda su una presunzione di pericolosità basata solo sul titolo di reato commesso, impedirebbe una valutazione individualizzata dell'idoneità della misura a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile.
- 19 L'esclusione dei benefici penitenziari da essa indicati ove ricorrano i reati ostativi di cui all'art. 4-bis ordin. penit. si porrebbe in contrasto con i principi di cui all'art. 1, comma 85, lettera p), numeri 5) e 6), della legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario), che prevedono l'ampliamento dei criteri di accesso alle misure alternative alla detenzione e l'eliminazione di ogni automatismo nella concessione dei benefici penitenziari.
- 20 La disposizione censurata violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 7, 10 e 11 della direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali. Tali disposizioni prevedono il diritto del minore ad una valutazione individuale e la necessità di ricorrere, ogni qualvolta sia

La Corte nel dichiarare l'illegittimità della disposizione riportata ribadisce come l'automatismo posto dalla disposizione censurata, in quanto fondato su una presunzione di pericolosità radicata solo sul titolo di reato commesso, irrigidisca la regola di giudizio in un meccanismo che non consente di tenere conto della storia e del percorso individuale del singolo soggetto e della sua complessiva evoluzione sulla strada della risocializzazione.

Al contrario, un modello basato su una prognosi individualizzata, ragionevolmente calibrato sulla personalità *in fieri* del minore, è ritenuto dalla Corte coerente con la volontà del legislatore minorile e con l'obiettivo di ampliare l'accesso alle misure alternative, abbandonando automatismi e preclusioni che ne limitino l'applicazione.

2.2 La strage di Capaci del 23 maggio 1992 produce un inasprimento della risposta punitiva dello Stato al dilagare della violenza mafiosa²¹. In risposta alla grave pressione esercitata dalla criminalità organizzata, la legislazione dei primi anni '90 ha posto l'attenzione sul *fatto* criminoso più che sulla *persona* autore del crimine, e sui suoi processi di revisione critica del reato. Il legislatore ha così diversificato il trattamento dei condannati sia rispetto alle modalità di esecuzione della pena (questo esclusivamente per quanto attiene ai detenuti adulti) sia per quanto riguarda la possibilità di fruire dei benefici penitenziari. Tra le ipotesi delittuose prese in considerazione assumono particolare evidenza i reati commessi in associazioni di tipo mafioso, così come previste dall'articolo 416-bis del codice penale.

Per questo l'art. 4-bis prescrive il divieto di concessione dei benefici e richiede l'accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti. In particolare il comma 1 dispone che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, e le misure alternative alla detenzione pre-

possibile, a misure alternative alla detenzione. La norma censurata non sarebbe coerente neppure con l'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, il quale stabilisce il principio di proporzionalità delle pene inflitte rispetto al reato.

- 21 Con il decreto-legge n. 356 del 1992, si stabilisce che, nei confronti dei condannati per i suddetti reati, i citati benefici penitenziari possano essere accordati nei soli casi di collaborazione con la giustizia, prestata ai sensi dell'art. 58-ter del medesimo ordinamento penitenziario e che il legislatore considera come unica condotta idonea a dimostrare, l'intervenuta rescissione dei legami con la criminalità organizzata. Al contrario, la mancata collaborazione con la giustizia fonda la presunzione assoluta che i collegamenti con l'organizzazione criminale siano ancora mantenuti, con conseguente preclusione di accesso agli ordinari benefici penitenziari, in forza della permanente pericolosità del condannato.

viste dal capo VI della legge 26 luglio 1975, n. 354, fatta eccezione per la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo nonché per i delitti di cui agli articoli 630 del codice penale, all'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n. 309, solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborano con la giustizia a norma dell'articolo 58 ter cp.

I benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Tale vantaggio può essere applicato però esclusivamente nei casi in cui si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti sopra richiamati (art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo nonché per i delitti di cui agli artt. 630 del codice penale, all'art. 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 30) ai quali sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste:

- dall'art. 62 numero 6, laddove prima del giudizio, o anche dopo la sentenza di condanna, l'autore del fatto abbia riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso o si sia attivato nelle altre forme previste dalla norma;

- dall'art. 114 del codice penale, quindi nei casi in cui la pena viene diminuita in ragione della considerazione del fatto che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato;

- dall'art. 116 secondo comma, dello stesso codice e cioè quando il reato commesso è più grave di quello voluto, per cui la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave.

Laddove invece si tratta di detenuti o internati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, ovvero di detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 628 terzo comma, 629 secondo comma del codice penale, all'articolo 73 limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80 comma 2, del predetto testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, i benefici suddetti possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide, acquisite dettagliate informa-

zioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato o del questore. In ogni caso il giudice decide, trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3.

Tuttavia, negli anni a seguire, la norma è stata sottoposta ad una serie di interventi correttivi da parte della Corte costituzionale²² che ha sostanzialmente costruito un'opera di vera e propria ridefinizione di alcuni dei contenuti dell'articolo 4-bis e degli articoli ad esso collegati; in maniera significativa è intervenuta proprio con riferimento all'applicabilità delle restrizioni nei riguardi dei minori.

2.3 Alla luce della ricostruzione riportata sembra evidente che l'art 4-bis op tenda a rispondere in maniera decisa al fenomeno della criminalità organizzata di tipo mafioso/camorristico e non vi è incertezza nel ritenere che il fenomeno della criminalità organizzata faccia presa anche sui minori. Le relazioni di apertura dell'anno giudiziario presso le Corti di Appello sempre più frequentemente tracciano un quadro complessivo del crescente intensificarsi del fenomeno della criminalità che, prendendo le mosse da esperienze di devianza giovanile e di dispersione scolastica, vede sempre più centrali i minori che tendono a riunirsi in bande, attratti dalle organizzazioni criminali e da queste coinvolti in attività di spaccio di sostanze stupefacenti e di gestione del territorio attraverso le azioni estorsive. Il dato risulta anche comprovato da vari procedimenti penali in corso e da alcuni già definiti, nei quali tra le persone arrestate vi sono talvolta minori imputati di associazione per delinquere di stampo mafioso.

In Campania in particolare si registrano focolai di particolare virulenza, riconducibili a faide interne ovvero a tentativi di affermazione da parte di sodalizi emergenti che vedono i minori sempre più protagonisti.

22 Corte cost., sentenze n. 306/93, n. 357/94, n. 361/94, n. 68/95, n. 504/95, n. 445/97, n. 137/99 e n. 273/01.

Analizzando il fenomeno nei contesti nei quali si è storicamente sviluppato, al fine di rilevarne gli indicatori, le rappresentazioni e il grado di coinvolgimento dei minori, è possibile osservare come il meccanismo di associazione degli adolescenti sia collegabile alla ricerca di emozioni e sensazioni, alla definizione di ruoli riconoscibili ed alla soddisfazione di un 'bisogno di appartenenza' strettamente affiancato a profili di personalità antisociale.

Con riguardo ai detenuti minori la Corte costituzionale con ordinanza 450/98, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-ter, comma 4, lettera c, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui si riferisce ai minorenni, ha affermato che:

La rigida preclusione alla concessione di permessi premio, prima dell'espiazione di metà della pena, nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, introdotta nel quadro di un più generale e drastico inasprimento delle condizioni per la concessione a tali condannati dei benefici carcerari, è stata dettata dal legislatore in modo indiscriminato, senza riguardo, ancora una volta, alle specifiche esigenze, costituzionalmente imposte, dell'esecuzione minorile. Essa viene a contrastare con tali esigenze, risolvendosi in un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, in ordine all'impiego di un istituto – il permesso premio – inteso a consentire a condannati, che non risultino socialmente pericolosi, di 'coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro' (art. 30 – ter, comma 1, dell'ordinamento penitenziario): strumento essenziale per perseguire efficacemente il progressivo reinserimento della persona detenuta nella società, e dunque quella finalità rieducativa, che deve essere assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile (cfr. sentenze n. 168 del 1994, n. 109 e n. 403 del 1997).

La stessa Corte tuttavia ha precisato che «la concessione dei permessi premio resta pur sempre condizionata, oltre che agli altri requisiti, non solo alla "regolare condotta" dei detenuti, ma anche alla circostanza che essi non risultino socialmente pericolosi (art. 30-ter, comma 1), e che non vi siano elementi tali da far ritenere sussistenti collegamenti con la criminalità organizzata od eversiva (art. 4-bis, comma 1, dello stesso ordinamento penitenziario): la concessione resta dunque affidata al prudente apprezzamento di tali condizioni da parte del magistrato di sorveglianza».

Seguendo quindi la numerosa giurisprudenza costituzionale sul tema sembrerebbe che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge 26 luglio 1975, n. 354, fatta eccezione per la liberazione anticipata, possono essere concessi ai minorenni detenuti e internati per delitti commessi avvalendosi

delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo (art. 7 l. 12 luglio 1991 n. 230) nonché per i delitti di cui agli articoli 630 del codice penale, 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e all'art. 74, decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nei casi in cui tali detenuti e internati collaborano con la giustizia a norma dell'art. 58-ter. Altresì i benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Spetterà al giudice verificare in concreto, anche alla luce delle circostanze eventualmente allegate dal detenuto, che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno. Pertanto rimane intatto l'obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui 'risulti' l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata dovendosi ritenere ogni eventuale automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, in ordine all'impiego di istituti volti a consentire in particolare a condannati minorenni, che non risultino socialmente pericolosi, di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro avendo così il dovuto riguardo alle specifiche esigenze trattamentali e rieducative, costituzionalmente imposte, dell'esecuzione minorile.

3. Il recente dibattito sull'eventuale revoca del carcere duro ad Alfredo Cospito, come l'atteso verdetto della Corte costituzionale in materia di reati ostativi, hanno riaperto i riflettori sul carattere della pena nella nostra cultura giuridica, spingendo verso un sistema che escluda automatismi e assicuri sempre valutazioni di merito, valorizzando così i percorsi rieducativi e riaffermando la centralità dell'osservazione e del trattamento penitenziario.

La rilevanza del percorso trattamentale della persona ristretta è stata recentemente ribadita dalla Corte di Cassazione chiamata a pronunciarsi su un provvedimento emesso dal Tribunale di sorveglianza di Napoli, in accoglimento del reclamo proposto dal Pubblico ministero, con il quale è stato revocato il provvedimento di concessione di un permesso premio di un giorno ad una persona detenuta in espiatione della pena dell'ergastolo ostativo.

La suprema Corte ha osservato che, pur appartenendo i reati in esecuzione alla categoria di quelli ostativi ai sensi dell'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario, il magistrato di Sorveglianza non solo avrebbe comunque dovuto effettuare le verifiche necessarie per valutare se la persona ristretta aveva o meno legami con la criminalità organizzata, o se rappresenta

un pericolo per la società, premettendo che tale beneficio ha una funzione pedagogico-propulsiva e premiale, ma il giudice deve accertare la regolare condotta del detenuto, verificando la partecipazione positiva alle attività trattamentali e la funzionalità del permesso premio alla coltivazione di interessi affettivi, culturali e di lavoro.

In tal senso già la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la presunzione assoluta di pericolosità a carico dei detenuti che scelgono di non collaborare (pur essendo nelle condizioni di farlo) ritenendo viceversa necessario acquisire elementi tali da escludere sia l'attualità dei collegamenti dei detenuti in questione con la criminalità organizzata sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

Spesso nei manuali di diritto penale si legge che la pena è la sofferenza che esprime la gravità del reato. Difatti la pena tradizionale è pensata come un'entità matematica che esprime la gravità del reato, cioè serve a dire alla società quanto è stato grave ciò che è stato commesso attraverso il numero di mesi o anni di reclusione. Tuttavia, la configurazione della pena tradizionale non tiene conto della persona, e non solo non è pensata come un percorso significativo per il condannato, ma nemmeno come qualcosa di significativo nel rapporto con la vittima, sul piano della rielaborazione e riparazione di quello che è successo.

Invero alla luce della nostra condizione odierna si può certo dire che assai raramente chi è stato offeso nei suoi beni e nei suoi affetti, riceve dalla detenzione dell'offensore un risarcimento reale per quanto ha sofferto.

La nostra Carta fondamentale fissa dei precisi caratteri che delineano un moderno ed avanzato sistema punitivo caratterizzato dal finalismo rieducativo e dalla creazione delle condizioni obiettive di reinserimento. In effetti l'articolo 27 della Costituzione ha inciso fortemente sulla natura delle sanzioni penali, superando la concezione afflittiva e retributiva della pena, a vantaggio di una funzione di emenda e risocializzante.

Certo è stato osservato come costruire un sistema di strumenti idonei di prevenzione e repressione dei reati è un compito che deve muovere da una approfondita conoscenza della realtà sulla quale si va ad incidere e quindi permettere una reale prognosi d'efficacia. Ci si orienta, pertanto, in maniera sempre più netta a considerare la punizione come *extrema ratio*, riducendo al minimo il ricorso alla pena detentiva. In questa prospettiva si è fatta strada l'idea di applicare in modo ampio misure domiciliari o istituti propri di altre esperienze giuridiche ed altresì di introdurre l'istituto originale del lavoro di pubblica utilità come alternativa alla detenzione.

In particolare, ispirandosi al trattamento dei minori, si è affermato anche nel sistema penale ordinario sempre più un orientamento volto prima-

riamente alla rieducazione riconoscendo valenza di diritto sostanziale ad istituti costruiti come processuali ed introdotti dal DPR 448/88, quali il perdono giudiziale, il non luogo a procedere per la irrilevanza del fatto, la sospensione del processo con messa alla prova, fattispecie assai d'avanguardia, che danno al vigente diritto penale minorile una caratterizzazione dominata dalla finalità rieducativa, fino a sacrificare completamente l'aspetto più prettamente punitivo dello Stato.

Oggi, di fronte al reato la pena è configurata, analogamente a quanto accaduto nel sistema minorile attraverso istituti di *probation*, non in correlazione al reato, ma in stretta connessione con un percorso corrispondente alle esigenze della personalità del reo. Un percorso magari impegnativo, ma è evidente che la liberazione da un'esperienza di criminalità richieda impegno. Nulla rafforza l'autorevolezza della legge più di quanto lo faccia una persona recuperata, che delegittima l'*appeal* dell'appartenenza criminale. Nulla rafforza di più l'autorevolezza della norma di una persona che è stata portata a rielaborare un'esperienza criminosa, a prenderne le distanze e a tenere una condotta riparativa.

Le pronunce della Corte costituzionale sul tema dell'esecuzione penale minorile sono sempre sostanzialmente aderenti alla caratteristica principale della Carta ed al principio per cui la realizzazione della persona umana è il fine ultimo cui tende l'esperienza di vita comunitaria. In effetti, per quanto attiene ai minori, la Costituzione prevede una serie di disposizioni che operano su due direzioni: affermare un generale *favor minoris* e realizzare un'ampia tutela del minore in quei contesti in cui deve formarsi e crescere.

L'obiettivo che sembra essere perseguito dalla Corte allora è duplice: superare la dicotomia tra i concetti di sicurezza e trattamento, originata da una cattiva interpretazione di quest'ultimo termine; e aprire a modelli di esecuzione della pena e delle misure cautelari maggiormente aderenti alle finalità costituzionali.

Così nell'interpretazione della Corte costituzionale si è consolidata l'idea del principio rieducativo come «risocializzazione sempre possibile», da intendersi come ritorno, diremmo «alla pari», del soggetto nella comunità e, quindi, nella vita sociale. Si abbandonano, dunque, le idee di «correzione» e di «trattamento risocializzante», che suggeriscono un cambiamento del reo imposto in modo autoritario, per privilegiare una «solidaristica offerta di opportunità» funzionali a riorientare la propria antisocialità.

Nei confronti dei minori il principio rieducativo assume un significato e un'importanza peculiari, dati dal fatto che in questi soggetti il processo educativo non è compiuto, ma è in evoluzione, come la loro personalità. Tutto il sistema penale minorile è, quindi, improntato quasi esclusivamente

alla rieducazione, che viene considerata un interesse-dovere dello Stato, a cui è subordinata la pretesa punitiva, come emerge dalla sent. n. 49 del 1973 della Corte costituzionale.

Ne consegue che il trattamento in una prospettiva di 'risocializzazione' così come specificata, riguarda l'applicazione delle regole sulla sicurezza e la concreta loro attuazione senza «... restrizioni non giustificabili con le esigenze di ordine e disciplina o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari», come specificato dall'art. 1, comma 3, o.p., tenendo conto sempre e comunque che la funzione rieducativa della pena per i soggetti di minore età «è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente» (Cort. Cost. sent. n. 168 del 1994).

Infatti l'ordinamento penitenziario ispirato dalla Costituzione repubblicana, e disciplinato dalle disposizioni della legge n. 354/1975 e nelle norme regolamentari del D.P.R. n. 230/2000, ha segnato nelle intenzioni del Legislatore un momento di grande discontinuità rispetto all'idea di detenzione coltivata nel passato, riaffermando la centralità del soddisfacimento dei bisogni di promozione sociale dell'uomo, autore del reato. In tal senso il D.P.R. 448 del 1988, che detta la disciplina del processo penale minorile, afferma esplicitamente che il processo penale «non deve interrompere i processi educativi in atto».

L'altro obiettivo che si pone la Corte, come sopraccennato, è teso verso un'apertura a modelli di esecuzione della pena e delle misure cautelari più consoni alle finalità costituzionali. Infatti, l'attività del legislatore penale è limitata e, allo stesso tempo, orientata dal principio solidaristico-sociale (art. 3 Cost.) e da quello personalistico (art. 2 Cost.), principi base della nostra Carta fondamentale.

L'articolo 31, secondo comma della Costituzione, afferma poi che la Repubblica «protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo». Nell'ambito della Giustizia minorile proteggere la gioventù significa soprattutto preservare il processo educativo in atto nel minore e sostenere la sua educazione, tenendo conto della specificità della condizione minorile.

La sentenza n. 109 del 1997 della Corte costituzionale identifica la protezione della gioventù ex articolo 31, secondo comma con l'«esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutivezza della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono».

Con il processo penale minorile si realizza, pertanto, un chiaro collegamento fra l'art. 31, secondo comma e l'art. 27, terzo comma della Costituzione, determinando un sistema di Giustizia minorile con finalità preminentemente educative.

Può apparire superfluo rammentare che l'esigenza di strumenti specializzati, attraverso cui deve operare il sistema di giustizia minorile emergeva chiaramente già dall'art. 11 del R.D.L. 1404 (implicitamente abrogato dall'art. 9 del D.P.R. 448 del 1988), che stabiliva che «speciali ricerche devono essere rivolte ad accertare i precedenti personali e familiari dell'imputato sotto l'aspetto fisico, psichico, morale e ambientale». Da allora si è avviato un processo, non ancora esaurito, di adeguamento del sistema penale alle esigenze di intervento dettate dalla peculiarità dell'utenza.

La Corte costituzionale ha preso posizione in questo senso già con la sentenza n. 25 del 1964 in cui mette in evidenza la necessità che la Giustizia minorile sia dotata di una «particolare struttura in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni».

È importante ricordare anche l'articolo 11 delle «Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile» (dette anche 'Regole di Pechino'), approvate dal VI Congresso dell'ONU nel 1985, che prevede la possibilità di ricorrere a misure extra-giudiziarie, ossia l'affidamento ai servizi della comunità, per trattare i casi dei giovani che delinquono senza ricorrere al processo formale (*diversion*).

Questo tessuto normativo dimostra come nei riguardi del minore autore di reato vi sia una accreditata dottrina e giurisprudenza che afferma la necessità di elaborare interventi, che potremmo anche definire 'creativi' o magari 'originali', ma comunque rivolti a rendere l'azione penale aderente ai bisogni del minore.

In definitiva la Corte costituzionale rimarca, come si può inferire dalle sue pronunce in materia di esecuzione penale minorile, il principio in base al quale la persona umana è il massimo valore sociale, la sua dignità non può che essere valorizzata. Conseguentemente si potrà affermare quanto sia più aderente ai nostri principi fondativi, oltre che più produttiva, una politica tesa a investire sulle *capacità* dell'uomo di tornare ad un agire prosociale che una politica penale repressiva e contenitiva. Ogni persona è e resta, ben oltre il reato, parte vitale e solidale della comunità civile.

4. Alla luce della ricostruzione giuridica riportata parrebbe che solo una teoria come quella delle *capacità* elaborata dalla filosofa americana Martha Nussbaum con l'economista premio Nobel Amartya Sen possa rappresentare l'approccio più adeguato a preservare i diritti fondamentali e la dignità dei giovani detenuti, nell'ottica di una teoria e pratica della giustizia estremamente innovativa basata sulla realizzazione di opportunità individualizzate e funzionali a riorientare l'antisocialità di quei soggetti.

Come è noto a chi si è misurato con il pensiero della Nussbaum, il suo sforzo politico-concettuale è orientato a respingere ogni forma di generalizzazione teorica e/o automatismo politico e a delineare i tratti di un liberalismo orientato alla difesa della dignità umana e della particolarità individuale di ciascuno. La Nussbaum individua nelle «capacità» un «minimo sociale fondamentale», ovvero «ciò che le persone sono effettivamente in grado di fare e di essere – avendo come modello l'idea intuitiva di una vita meritevole della dignità che spetta agli esseri umani». Tali capacità «dovrebbero essere perseguite per ogni persona individualmente, trattando ciascuno come fine e non come semplice mezzo per fini altrui». Inoltre tale approccio «si avvale dell'idea della *soglia di livello per ogni capacità*, livello al di sotto del quale si ritiene che un vero funzionamento umano non sia accessibile ai cittadini; il fine sociale dovrebbe quindi venire inteso come le condizioni che rendono possibile di far superare questa soglia di capacità ai cittadini»²³.

Ciascun individuo, infatti, secondo l'autrice, deve essere messo nelle condizioni di esercitare dette capacità, realizzando i «funzionamenti» che rappresentano ciò che una persona può desiderare o essere in relazione alla sua personale concezione della qualità della vita. Evidentemente, però, non pochi ostacoli, vincoli, dipendenze si frappongono all'esercizio di tali capacità. Riprendendo la lezione aristotelica, la Nussbaum parla dell'uomo come di «animale con bisogni»²⁴, ed è proprio in base a questi ultimi, che sono diversi per ciascuno, che tale approccio consente di «chiedersi cosa le persone siano in grado di fare ed essere in quella particolare società: quanto la loro dignità come esseri umani sia riconosciuta e valorizzata e quanto esse siano libere di scegliere la propria vita nella concretezza delle loro condizioni particolari»²⁵.

La dimensione situazionale così rimarcata consente di entrare nella specificità precipua della questione di cui discorriamo dei minori reclusi rispetto a cui l'approccio delle capacità rappresenta una valida alternativa alla teoria dell'incapacitazione, presente nel diritto penale:

con riferimento alla teoria della prevenzione speciale, secondo la quale la pena deve dissuadere il condannato a compiere nuovi reati e allo stesso tempo

23 M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002, 57-58. Della stessa autrice si vedano anche M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007; ID., *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2010; ID., *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, Bologna, 2012.

24 M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit., 40.

25 C. SARACENO, *Pensare i bisogni e vedere le relazioni per argomentare la giustizia*. Introduzione a M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit., 7-23, ivi, 9.

svolgere compiti rieducativi. L'incapacitazione è perciò vista come 'neutrazione' dell'individuo, al fine di permettere la re-inclusione del reo riadattandolo alle esigenze della società storicamente determinata; tutto ciò ha lo scopo di offrire un ravvedimento morale e allo stesso tempo un trattamento rieducativo che ricade profondamente sul soggetto. Lo scopo ultimo dell'incapacitazione è perciò quello di mettere la persona in condizione di non compiere nuovamente fatti penalmente illeciti. L'incapacitazione può essere di due tipi, materiale o giuridica, intendendo con la prima la pena detentiva che impedisce al condannato di commettere reati al di fuori delle mura penitenziarie.²⁶

A ben vedere, però, non si tratta di discutere in questa sede se la pena detentiva sia un istituto da criticare e/o superare, come pure illustri biogiuristi sostengono²⁷, tuttavia di capire se è possibile – e in che modo – intendere il meccanismo stesso della detenzione come fenomeno «capacitante».

Affinché ci possa essere un esercizio delle capacità, e queste ultime possano tradursi in funzionamenti, secondo la Nussbaum c'è bisogno di alcuni requisiti specifici che garantiscano il rispetto del binomio giustizia sociale e dignità individuale.

Un ruolo di primo piano viene ascrivito a due strutture chiave delle nostre società, ovvero le famiglie e le politiche pubbliche.

Rispetto alle famiglie, pur riconoscendo che in esse inizia lo sviluppo della personalità dell'individuo, la filosofia americana riconosce l'importanza che queste non si chiudano in logiche di appartenenza ignare del contesto politico. Con ciò non si vuol intendere che lo stato debba minuziosamente regolamentare i rapporti tra i familiari, ma garantire che le famiglie stesse non si configurino come luoghi di «incapacitazione», ovvero di negazione di dignità e diritti. Si pensi anche alla condizione delle donne ancora subordinata a quella del marito, situazione questa purtroppo attuale in non pochi contesti²⁸. Una delle questioni che Nussbaum solleva, e che pare particolarmente opportuna rispetto al discorso qui portato avanti, è che i diritti sociali sono garantiti spesso in modo derivato, tramite l'appartenenza familiare, con scarsa attenzione alla posizione dei singoli individui al loro interno. L'approccio delle capacità supera questa logica «collettivistica» e di appartenenza, perché le capacità sono del singolo individuo e si sviluppano in ciascuno in modo diverso dall'altro. Tuttavia, secondo la

26 C. CARDINALI, *Rieducazione e capacitazione: il paradigma dello Sviluppo Umano per l'inclusione sociale, Formazione & Insegnamento XVI – 3 – 2018*, 52-53.

27 G. ZAGREBELSKY, "Postfazione" a L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone, F. Resta, *Abolire il carcere*, Milano, 2015.

28 Cfr. A. LORETONI, *Etica della cura e della vulnerabilità degli individui*, in *La società degli individui*, 63, XXI, 2018/3, 77-90.

Nussbaum «nessun paese, se vuole superare il test della dignità umana, dovrebbe poter lasciare che vi siano individui o gruppi le cui capacità in uno o più settori sono lasciate sistematicamente al di sotto di una soglia minima o non possono tradursi in effettivi funzionamenti».

Al di là di un utopistico egualitarismo, ma con «l'obiettivo liberale di mettere tutti e ciascuno su un piano di uguaglianza e opportunità», l'approccio della Nussbaum è molto lucido rispetto alle diverse situazioni socio-ambientali: «proprio perché le disuguaglianze di partenza sono socialmente strutturate – e spesso cristallizzate in modo da apparire naturali, ovvie – è necessaria una politica pubblica che intervenga a molti livelli, per togliere le barriere legali, sociali, economiche, culturali»²⁹.

Quella della Nussbaum è una teoria della giustizia fondata sulla dignità di ciascuno e sullo sviluppo delle capacità di tutti, laddove è considerato compito delle politiche pubbliche, delle leggi, delle politiche culturali, allargare il raggio delle libertà di ciascuno, affinché non sia costretto nell'esclusiva appartenenza familiare, o in peculiari situazioni socio-ambientali come quelle di un contesto che può essere terreno fecondo per devianza e criminalità, e abbia gli strumenti per difendersi quando questa si fa oppressiva.

È dunque evidente che le politiche pubbliche per la filosofia americana hanno il compito di contrastare i meccanismi che vincolano le capacità particolari degli individui e di realizzare le condizioni per il loro sviluppo e messa in pratica. Le politiche pubbliche ricoprono pertanto un ruolo «abilitante» rispetto alla garanzia e all'esercizio dei diritti sociali, civili e politici. Compito delle istituzioni è quello di spostare il problema delle offerte e delle distribuzioni delle risorse in direzione della realizzazione dell'individuo, considerando lo spazio di reclusione una possibilità di realizzazione e non uno sterile luogo di pena. Con l'adozione del modello del *capability approach* è così possibile opporre alla detenzione, intesa come incapacitazione, un percorso teso al riconoscimento di diritti e dignità. Di tal che una giustizia riconoscitiva della dignità dell'uomo, e nel caso di specie del minore detenuto, diviene «capacitante» se e solo se consente l'esercizio di dette capacità convertendo la concezione punitiva della pena in apertura di orizzonti nuovi di crescita, di rieducazione, favorendo così anche l'integrazione sociale del minore. Tali prospettive per quanto inedite devono poter essere immaginabili ancor prima che realizzabili, perché una concezione della pena che ottunde il dispiegarsi di possibilità non è più sostenibile.

In tale prospettiva secondo la Nussbaum la società ha il compito di consentire a tutti i suoi cittadini di:

sviluppare l'immaginazione e la capacità di riconoscere in ciascuno l'umanità dell'altro (...). Le istituzioni che promuovono le 'basi sociali dell'immaginazione' – scuole dotate di sensibilità umane, sostegno pubblico per le arti – dovrebbero trovare posto nell'elenco, come istituzioni complementari destinate a incoraggiare il rispetto di sé.³⁰

Per tali ragioni per la filosofa americana «la chiave della giustizia sociale» consiste «in un ampliamento dello sguardo che potenzi l'immaginazione», il che vuol dire consentire a ciascuno l'espressione delle sue capacità riconoscendone piena dignità. «Una sensibilità più ampia e flessibile per ciò che si intende per essere umano è decisiva se vogliamo riflettere più chiaramente sui problemi di giustizia»³¹. Giustizia è allora non più punire fenomeni disfunzionali, ma riconoscere la dignità dei minori e immaginare e realizzare quanti più spazi di esercizio delle capacità, ovvero ampliare gli orizzonti di potenziamento degli interventi sul soggetto deviante, dando nuova linfa all'azione rieducativa della pena sancita dalla nostra Costituzione e successivamente dall'ordinamento penitenziario. Così inteso l'approccio delle capacità, della garanzia di diritti e dignità, si occuperà del contrasto a molte disuguaglianze che sono alla base dei processi devianti e potrà consentire lo sviluppo integrale delle capacità dei singoli individui.

Già Foucault era consapevole che i tipi di punizione sono il riflesso, prima ancora che della storia degli ordinamenti giuridici in sé, della struttura economica, dei rapporti di potere e delle caratteristiche politico-culturali predominanti nei vari modelli di società, così ancor oggi potremmo dire che l'evoluzione giurisprudenziale descritta nei paragrafi 3 e 4 rispecchi un'evoluzione socioculturale innegabile, laddove il paradigma della pena punitiva lascia progressivamente il posto a un paradigma che, con la Nussbaum, è stato definito «capacitante». Tale versione evoluta del paradigma della pena sempre più individualizzato dimostra chiaramente la volontà di valorizzare la persona che ha commesso un reato, valutare le sue capacità e attitudini al fine di indirizzarla verso una ricostruzione della propria identità che, nel caso di minori, potrebbe rivelarsi di maggiore successo. Difatti la giovane età potrebbe consentire la formazione di un'identità nuova di un soggetto portatore di diritti individuali e relazionali, cosciente delle proprie capacità, capace di riflettere sulle proprie azioni e sul valore della propria e altrui libertà, al fine di realizzare gli obiettivi futuri di reinserimento sociale.

30 M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit., 41.

31 *Ivi*, 46-47.

CAPITOLO TERZO
IDENTITÀ DI GENERE E DETENZIONE

ALEXANDER HOCHDORN, RAFAEL OLIVEIRA, ROBERTO VITELLI,
PAOLO COTTONE, DANIELA FALANGA, FABIO IGLESIAS,
PAOLO VALERIO

ISTITUZIONI TOTALI, PROCESSI DI ESCLUSIONE E POLITICHE DI INCLUSIONE

Fare, *disfare* e rifare genere in carcere e ospedale:
Uno studio comparativo tra Italia e Brasile

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Contesto della ricerca. 3. Contesto carcerario. 4. Metodologia. 5. Strumento per la raccolta dei dati. 6. Metodo per l'analisi dei dati. 7. Partecipanti. 8. Risultati e Discussione (Contesto carcerario italiano. Contesto ospedaliero brasiliano. Considerazioni comparative tra contesto penitenziario italiano e ospedaliero brasiliano). 9. Conclusioni.

1. La rivendicazione di un'identità di genere non binaria, posta quindi al di là della polarità maschile-femminile, rischia di mettere in discussione la forse più radicale distinzione mai creata dall'essere umano, quella, cioè, relativa alla ripartizione dualistica dei sessi (West & Zimmerman, 2009). Le persone, quindi, la cui identità di genere non coincide con tale visione dicotomica, rischiano di disarticolare quell'ordine millenario fondato su significati simbolici divenuti realtà assiomatiche.

L'assunto basilare, per il quale, in un'ottica costruzionista, non si può considerare il genere come correlato isomorfo del sesso, è la distinzione epistemologica tra corpo biologico e identità psicosociale. Un contributo interessante riguardo a questa prospettiva, oltre agli studi post-femministi (Treicher & Kramarae 1983; West & Zimmermann 1987; Butler 1990), è stato offerto dall'ultimo Goffman all'interno del suo saggio *Il rapporto tra i sessi*. Qui l'autore, forse anche un po' provocatoriamente, afferma:

In ogni caso dovrebbe essere del tutto chiaro che il genere e la sessualità non sono la stessa cosa; secondo la mia interpretazione, almeno, un ragazzo di sette anni che virilmente si propone per aiutare sua nonna a portare dei pacchi pesanti, non sta affatto 'provandoci' (Goffman 1977, ed. ita, 2009, p. 27).

Il termine *sesso* è spesso utilizzato, sia dal senso comune che in svariati ambiti scientifici, quali la biologia e la medicina, per indicare individui maschili e femminili, sulla base di differenze anatomiche. Il sostantivo *genere*

rappresenta invece la declinazione culturale della dimensione biologica del sesso; è quindi derivato dall'integrazione di natura e cultura, organizzandosi in funzione della maturazione biologica e del contesto psicosociale dell'individuo. In generale, tuttavia, l'identità di genere viene per lo più associata a una logica binaria e dunque definita sulla base di una presunta equivalenza tra sesso e genere.

Anche in ragione di ciò, a lungo è stata mantenuta una concezione patologizzante delle esperienze non binarie dell'identità di genere, così come dei processi di transizione tra o verso i cosiddetti antipodi sessuali. Sulla base di tale assunto, specie a partire dagli inizi del secolo passato, le produzioni scientifiche di stampo positivistico hanno progressivamente promosso la cristallizzazione di dispositivi di classificazione nosografica e cura, medica e psicologica, volti, in qualche modo, al ripristino dell'*ordine razionale del naturalmente dato*. L'identità di genere in un'ottica socio-costruzionista e post-strutturalista viene, invece, considerata come rappresentazione intima e personale di sé, nonché espressione/rappresentazione di copioni/repertori esistenziali resi disponibili all'interno di differenti contesti storico-culturali (West & Zimmerman, 1987). Secondo tale prospettiva, i generi vanno intesi come processi che, pur articolatosi attorno a strutture simboliche dalle forti connotazioni emotive e di valore, dimostrano sempre un grado più o meno marcato di fluidità e permeabilità.

I costrutti identitari, d'altronde, non soltanto quello di genere, scaturiscono dal complesso intreccio tra dimensioni ante-predicative e predicative dell'esperienza: è attraverso il linguaggio, infatti, che gli individui sono in grado di organizzare e strutturare vissuti e significati soggettivi, al fine di renderli comprensibili e comunicabili a sé e agli altri. Se l'identità personale è sempre e solo una rappresentazione (inter)soggettiva, somiglianze e differenze, nonché stabilità e cambiamento, ne costituiscono i suoi tratti caratterizzanti. Questi ultimi, di conseguenza, risentono delle diverse matrici relazionali a cui l'individuo è vincolato e che, contemporaneamente, contribuisce a (ri)definire. Pressioni e vincoli normativi esercitano senza dubbio un'importanza, ma mai completamente, e, pertanto, costituiscono dimensioni esistenziali in continua ridefinizione, in quanto si generano in una costante relazione dialettica tra analogie e diversità, tra ciò che viene avvertito come rivendicazione della propria esperienza di sé e ciò che risente delle aspettative e delle inferenze del contesto.

Tale percorso di affermazione di sé diviene ancor più accentuato in quelle realtà fortemente istituzionalizzate, quali carceri e ospedali, le cui coordinate normative sottostanno a una matrice organizzativa, funzionale e strutturale, profondamente ancorata al tessuto eteronormativo e dualistico

del contesto sociale. Il presente contributo consiste perciò nella descrizione dei risultati di uno studio comparativo tra la condizione penitenziaria di donne trans brasiliane recluse nel circuito carcerario italiano e i vissuti di persone trans brasiliane, dopo aver usufruito di servizi di assistenza sanitaria della rete ospedaliera pubblica in Brasile. La ricerca è, infatti, volta a indagare le rappresentazioni (inter)soggettive di persone con simili percorsi esistenziali (la transizione di genere) e culturali (la stessa nazionalità), rispetto alle coordinate funzionali di due contesti istituzionali diversi ma per certi versi affini in termini di struttura organizzativa (i vincoli normativi che circoscrivono rigorosamente i margini della propria agentività), all'interno di due differenti realtà geopolitiche (Europa e Sudamerica).

2. La seguente ricerca è focalizzata sul posizionamento discorsivo rispetto alla rappresentazione delle identità trans in due diversi contesti istituzionali e culturali:

1. I processi di rivendicazione identitaria da parte di detenute trans (tutte donne) brasiliane nelle carceri di Firenze-Sollicciano e Belluno-Baldenich in Italia

2. I processi di rivendicazione identitaria da parte di utenti (donne, uomini e gender non binari) brasiliani nell'ospedale universitario di Brasilia in Brasile

All'interno di questi contesti il margine di agentività risulta particolarmente ridotto e pertanto l'identità si riduce ad un mero espediente classificatorio, rispetto al quale un soggetto può essere etichettato e amministrato secondo le peculiarità gestionali e ideologiche su cui poggia il funzionamento di queste strutture, in quanto

Un'istituzione totale può essere definita come il luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che – tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo – si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato (Goffman, 1961, ed. ita, 2003, p. 36).

Si delineano perciò le pratiche normative che veicolano la percezione e la rappresentazione dell'identità trans in contesti fortemente istituzionalizzati, quali la realtà penitenziaria in Italia e quella ospedaliera in Brasile. Inoltre, si vuole intendere se e come le persone trans coinvolte in tali contesti riescano a rivendicare la propria identità di genere e quanto

essa sia riconosciuta da parte di chi gestisce e amministra le pratiche di interazione quotidiana in queste realtà istituzionali.

3. Sono stati scelti due contesti carcerari italiani per comprendere come si articola la rivendicazione dell'identità di genere da parte delle detenute trans, recluse presso una sezione separata sia del reparto femminile dell'istituto fiorentino, sia di quello maschile bellunese.

L'influenza del contesto sulle produzioni discorsive e sui rispettivi universi di significato diviene ancora più evidente in contesti ad elevato funzionamento normativo. All'interno di un istituto penitenziario tutto, persino l'ambiente fisico, assume connotazioni molto forti e rigide; la deprivazione dell'intimità (e quindi non solo della libertà) è connaturata nella struttura stessa, nel contesto e nella cella (Foucault, 1975/1993), la quale diventa l'orizzonte ristretto della propria vita, dei pensieri e delle interazioni con l'altro.

Carcere di Firenze-Sollicciano

Il *Nuovo Complesso Penitenziario di Firenze Sollicciano* è un ambiente carcerario considerato innovativo da un punto di vista sia normativo sia gestionale, dimostrandosi attento rispetto alle esigenze di tutte le categorie di detenuti, da quelle ordinarie a quelle protette. Ai reclusi, infatti, i quali per la tipologia del reato stesso piuttosto che per particolari accezioni sociali o identitarie si distinguono dai cosiddetti carcerati comuni (di solito uomini eterosessuali) e pertanto rappresentano un numero esiguo nel contesto penitenziario (le donne detenute, le transgender: 15 al momento della raccolta dati), le persone omosessuali, i collaboratori di giustizia e i consumatori di sostanze, sarebbe offerta la possibilità di poter accedere a quelle proposte trattamentali individualizzate, a cui si fa esplicito riferimento nell'articolo 27 della costituzione italiana, il che prevede anche la messa a disposizione di alcune aree specifiche del carcere con l'intento di far fronte all'enorme affollamento degli istituti penitenziari. La struttura di recente costruzione e dunque ideazione del carcere di Sollicciano (anni 80), prevede una serie di spazi al fine di agevolare sia l'iter detentivo stesso quanto l'efficacia del percorso trattamentale, disponendo di spazi più ampi con possibilità lavorative più frequenti e programmi individualizzati.

Carcere di Belluno-Baldenich

L'apertura della *Casa Circondariale di Belluno Baldenich* risale agli anni 30 del secolo passato ed è un istituto penitenziario maschile a bassa soglia, il cui numero totale di detenuti non supera le 100 unità. Tra queste, al momento della raccolta dati, quattro sono state riconosciute come donne transgender e, di conseguenza, sono state inserite all'interno di una sezione protetta dell'istituto (Hochdorn et al., 2018). All'interno di questo spazio le donne trans dispongono di celle individuali, ciascuna con un proprio bagno, sedie, un tavolo e un letto. Inoltre, possono indossare indumenti femminili, truccarsi e continuare eventuali trattamenti ormonali precedentemente intrapresi.

Delle quattro detenute, tre erano brasiliane e una italiana. Ai fini metodologici della presente ricerca, sono state prese in considerazione solo due interviste con due delle tre detenute brasiliane recluse presso il carcere bellunese per due motivi: 1.) nonostante il variare del contesto (carceri in Italia e ospedali in Brasile), le persone intervistate in ambedue le realtà istituzionali sono brasiliane; 2.) pur trattandosi di una ricerca qualitativa, è stato importante uniformare il numero di intervistate/i in ambedue le realtà geopolitiche e istituzionali; quindi sette interviste per il contesto italiano e sette per quello brasiliano.

La lingua utilizzata durante gli incontri in ambedue le carceri è stata principalmente l'italiano, anche se, dato che tutte le detenute intervistate nei due istituti sono brasiliane, le loro narrazioni contengono molte inflessioni lusofone, oltre che numerose improprietà linguistiche, inquanto il livello di alfabetizzazione di alcune interlocutrici era piuttosto precario.

Ospedale Universitario di Brasilia

L'ospedale universitario di Brasília afferisce all'università pubblica di Brasília ed è parte integrante di una rete di complessivamente 40 ospedali universitari federali, gestiti dall'azienda brasiliana dei servizi ospedalieri (HUB-UNB, 2020). Tra le caratteristiche specifiche di questi ospedali, spicca il gruppo di supporto psicologico destinato alle persone trans, che offre assistenza principalmente psicologica a questa utenza. Inoltre, questi ospedali indirizzano le persone trans ad altre aree di competenza sanitaria, come le cliniche specializzate per il processo di riassegnazione sessuale. A partire dai movimenti di rivendicazione per i diritti umani da parte delle associazioni LGBT brasiliane, nel 2016 è stato pubblicato il disegno di legge 155 che prevede l'istituzione di un gruppo di lavoro chiamato «*Ambulatório-Trans*» per proporre l'apertura di un ambulatorio

di assistenza specializzata per persone transessuali e transgender all'interno della rete sanitaria pubblica.

L'inaugurazione di un ambulatorio per persone trans è stato considerato un avanzamento innovativo e importante per garantire pieni diritti di cittadinanza alla popolazione trans e LGBT in generale. Pur considerando il carattere d'avanguardia di questa proposta, lo sviluppo di questa iniziativa si incontra invece ancora a uno stato preliminare, in quanto la disponibilità di professionisti non riesce a far fronte alle esigenze di un numero sempre più crescente di utenti trans. Tale sfida dovrà essere superata futuramente per garantire a pieno un supporto sanitario efficace e dignitoso per la popolazione trans brasiliana (Oliveira et al., 2019).

Tra le diverse riforme proposte al fine di implementare politiche di riconoscimento per la popolazione trans all'interno del sistema sanitario, è stato messo appunto un protocollo d'intesa che prevede la promozione di diritti, quali il rispetto del nome sociale scelto da chi si reca presso un ospedale pubblico, oltre a un posizionamento linguistico adeguato riguardo all'identità di genere rivendicata. Sono stati anche proposti specifici corsi di formazione per sensibilizzare gli operatori sanitari su tematiche quali la diversità, l'inclusione, principi fondamentali di diritti umani, nonché il superamento delle disuguaglianze sociali, tuttora capillarmente diffusi all'interno della struttura sociale e culturale brasiliana. Questo scenario, infatti, evidenzia la presenza quotidiana di un generale atteggiamento di discriminazione nei confronti delle persone trans, oltre a notevoli difficoltà comunicative durante le pratiche di interazione tra professionisti sanitari e utenza trans, profondamente imbevute di tendenze cisnormative (Fuchs et al., 2021; Louro, 2004; Rocon et al., 2018; Rocon et al., 2019; Silva et al., 2017).

Per il presente studio è stato perciò preso in considerazione un contesto di servizi sanitari, più specificatamente la rete ospedaliera pubblica di Brasília, per le sue peculiarità regionali, divisioni geografiche e la sua apertura per poter svolgere attività di ricerca.

4. Nel presente studio, si è voluto cogliere una serie di variabili attraverso una lettura critica dei repertori narrativi raccolti (le interviste) in riferimento alla struttura sia formale sia esplicita del discorso, nonché alle inflessioni implicite delle istanze culturali e normative sovraordinate. L'obiettivo dell'analisi è stato quello di accedere all'organizzazione logica della produzione testuale e come essa riflette una serie di vissuti (affettivi, esperienziali e sociali) i quali possono emergere dai filoni semantici stessi

(Analisi del Contenuto) quanto dalla loro contestualizzazione in termini spazio-temporali e simbolici (Analisi critica del Discorso).

Lo studio dei repertori narrativi in un'ottica socio-critica permette di incentrare l'analisi sulla genesi del discorso rispetto alle coordinate del contesto, il quale, soprattutto concerne le realtà istituzionali prese in considerazione (carcere e ospedale), risulta particolarmente reificante nella produzione di un evento comunicativo.

Essendo quindi il linguaggio, come afferma Wittgenstein (1922/2012) e dunque il discorso come direbbe Foucault (1969/1971), espedienti comunicativi che circoscrivono le rappresentazioni di sé stesso e dell'altro, è possibile risalire attraverso una lettura analitica e critica delle matrici strutturali e simboliche della semiotica, alle modalità di costruzione e articolazione della propria identità e alle dinamiche relazioni tra sé, altro e contesto.

Il discorso si presenta come un universo di significati, i quali, nel loro insieme e rispetto al contesto entro cui sono stati generati, riflettono schemi di azioni e rappresentazioni socialmente condivise.

Il discorso, dunque, come forma di potere ed espressione di sapere, si afferma sì come repertorio di comunicazione e trasmissione di significati, ma è altresì una pratica di interazione e dunque un *habitus* culturale che determina l'istituzione, per riprendere Bourdieu (1980/2005), di un campo sociale. Il discorso non è di per sé oggettivizzabile ma esso permette di comprendere la struttura, l'organizzazione e le funzioni delle azioni sociali e delle loro ricadute su individuo, collettività e infine sull'edificazione di apparati normativi ed universi culturali: «Il discorso diventerà il veicolo della legge: principio costante di ricodificazione universale» (Foucault 1975, trad. it. 1976, p.122).

Ed è proprio la norma che può essere intesa come discorso, cioè forme discorsive divenute realtà fattuali dal momento che il linguaggio, attraverso le sue regole e logiche, abbia istituito un proprio campo fenomenico, un universo di valori culturalmente circoscritto. Questa prospettiva, infine, incentrata sulla genesi delle pratiche sociali come processi discorsivi, mette al fulcro delle proprie analisi il concetto di agentività, la quale può essere colta attraverso la struttura e la funzione della semantica e quindi del (con)testo. Mediante lo studio delle modalità di interazione a livello comunicativo, sarà quindi possibile risalire alla matrice ideologica che permea il contenuto e la performance di un evento discorsivo.

5. Essendo l'obiettivo della ricerca quello di indagare i processi discorsivi attraverso cui una persona trans afferma la propria identità di genere, il corpus dei dati sarà costituito dalle audio-registrazioni di interviste semi-strutturate, realizzate con persone trans durante il proprio iter di transizione di genere in contesti fortemente istituzionalizzati, quali le strutture penitenziarie e ospedaliere. La scaletta delle interviste è stata suddivisa in specifiche aree tematiche riguardo alle dinamiche di interazione con i contesti da una parte (carcere e ospedale) e alle modalità di posizionamento rispetto al margine di agentività, attraverso cui è possibili rivendicare una rappresentazione (inter)soggettiva della propria identità di genere in delle realtà connotate da un predominante panorama eteronormativo e dicotomico dei sessi.

Infine, l'articolazione delle interviste prevedeva la rivelazione di alcune informazioni sia sociodemografiche, sia rispetto all'iter giuridico legato all'incarcerazione (nel caso delle detenute) sia al motivo del ricovero sanitario (nel caso degli utenti ospedalieri).

6. Il metodo di lettura del contenuto testuale è stato articolato lungo tre livelli di analisi che riguardano:

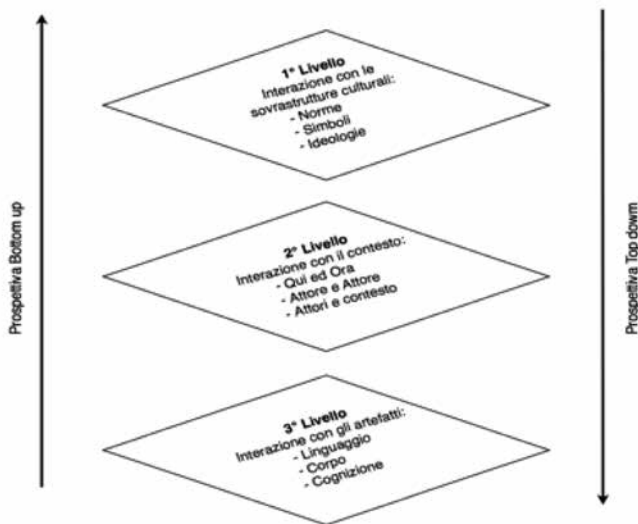
1. le pratiche linguistiche (Berger & Luckmann, 1966/1969) in quanto artefatti simbolici (Vygotskij, 1934/1990), inflessioni paraverbali (Jefferson & Sacks, 1995) e atti gestuali (Goodwin 2003)

2. il contesto, inteso come framework sociale entro cui sono annidate le interazioni nel quotidiano (Goffman, 1974/2006)

3. la cultura (Cole, 1995), come sovrastruttura simbolica, ideologia e di potere entro cui si generano i processi di interazione

Per poter analizzare i processi discorsivi e le pratiche conversazionali in relazione a questi tre livelli, si vogliono indagare le modalità di posizionamento discorsivo (forma e contenuto) rispetto alla rappresentazione di genere in contesti fortemente istituzionalizzati. L'organizzazione di questi sistemi d'interazione si articola lungo un insieme di diverse variabili contestuali e situate, che si distribuiscono su tre livelli complanari (Mantovani, 1996); si veda Figura 1.

Figura 1: Tre livelli dell'interazione sociale



Riguardo a questa struttura, che non intende segmentare la realtà osservata bensì offrire uno schema pragmatico e paradigmatico per l'analisi dei dati, l'integrazione di tre livelli metodologici permette di studiare le produzioni discorsive nella loro dimensione sia processuale (la generazione di significati simbolici), sia formale (le performance nelle pratiche di conversazione) come pure contenutistica (esplicita ed implicita).

Il primo livello è costituito dal macrocontesto sociale, il secondo dalle situazioni di vita quotidiana ed il terzo dall'interazione con l'ambiente per mezzo degli artefatti. Questo modello può essere percorso sia dall'alto verso il basso, partendo da un contesto sociale basato sui modelli culturali (livello 1) che forniscono agli attori sociali le norme per interpretare le situazioni di vita di tutti i giorni (livello 2) e un'interazione locale con gli artefatti, permettendo di circoscrivere gli obiettivi (livello 3); sia dal basso verso l'alto in cui si parte dall'uso di artefatti (livello 3), come funzione speciale delle situazioni giornaliere (livello 2), annidandosi nel contesto sociale più ampio (livello 1).

L'integrazione di questi tre livelli può essere compresa attraverso i processi comunicativi e come questi generano una condivisa rappresentazione di sé e della realtà sociale. Tali pratiche discorsive (conversazionali

e testuali) emergono sia dalla negoziazione simbolica (Mead, 1934/1972) in contesti nel qui ed ora (Goffman, 1959/1969) sia dal framework storico e culturale:

In tal senso il primo quesito a cui il ricercatore deve prestare attenzione, non sarà tanto la necessità di costruire una grand theory quanto piuttosto di decidere quali strumenti concettuali sono indicati per questo o quel problema e per questo o l'altro contesto (Wodak & Weiss 2005, p. 125).

La produzione testuale, dunque, non si sviluppa solo lungo le coordinate semantiche, come sostenuto dalle teorie linguistiche interessate per lo più al contenuto esplicito (Labov & Waletzky, 1967), ma essa si genera attraverso un costante posizionamento che si manifesta sia a livello esplicativo-cognitivo (Van Dijk, 1993) sia a livello di pratiche conversazionali (Jefferson & Sacks, 1995).

L'aspetto implicito della comunicazione, oltre alle inflessioni para-verbali, scaturisce anche dagli universi di valore e dalle insegne normative. In tal senso i repertori discorsivi possono essere compresi come processi caleidoscopici, capaci di generare espedienti di identità situate e permeabili.

L'interazione si esplica quindi sia sul versante contenutistico, analizzabile tramite i repertori semantici del linguaggio (Van Dijk, 1993) – Analisi del Discorso – sia su quello implicito-formale, inteso come l'uso di pratiche para-verbali (Jefferson & Sacks, 1995) – Analisi della Conversazione –, nonché in relazione agli orizzonti storici (Wodak & Weiss 2005) e il *frame* simbolico e ideologico (Fairclough, 2006) – Analisi critica de Discorso.

Nel presente studio sono state tenute distinte le tre correnti della CDA, nonostante fossero contigue rispetto ad un modello metodologico piuttosto omogeneo, al fine di descrivere analiticamente un percorso culturale (Mantovani, 2005) in termini di processualità ed agentività individuale e collettiva. Considerando il discorso come la più sofisticata attività attraverso cui è possibile non solo ottimizzare le pratiche di interazione ma anche di allargare le nostre prospettive ontologiche (Wittgenstein 1922/2012), risulta importante studiare sia la struttura, sia la funzione, nonché la matrice simbolica entro cui si genera la produzione di significati linguistici.

In tal senso si intende il discorso come articolato su più livelli di interazione (Mantovani 1996, 2005): dal cognitivo, al quotidiano sino ai macro-scenari storici, ideologici e dunque culturali (Figura 1). L'intersezionalità tra questi aspetti comunicativi rende il discorso un'azione dotata di senso e quindi una pratica sociale.

Attraverso queste griglie analitiche è possibile studiare il posizionamento discorsivo-contestuale riguardo al costrutto dell'identità trans, inteso come processo pluridimensionale: dal cognitivo al quotidiano e dal quotidiano alla cultura.

In sintesi, l'integrazione di questi tre livelli di analisi mira ad indagare tre modalità organizzative della produzione discorsiva e dei processi di interazione con l'altro. A queste modalità di intendere i processi comunicativi possono essere applicate tre distinte ma contigue prospettive metodologiche.

7. Sono state intervistate sette donne trans rispetto alla loro condizione di detenzione presso gli istituti penitenziari di Firenze Sollicciano (cinque) e Belluno Baldenich (due) e altre sette persone trans (quattro donne trans, due uomini trans e una persona dichiaratasi non binaria) brasiliane riguardo alla propria esperienza in quanto utenti dell'ospedale universitario della capitale brasiliana Brasília.

Seguono due tabelle con informazioni dettagliate rispetto alle persone intervistate per il presente studio:

Contesto carcerario italiano

Tabella 2: Interviste non-strutturate con le detenute transgender recluse in due carceri italiani

Intervistata	Carcere	Genere	Età	Lavoro in carcere	Reato	Durata detenz.	Momento detenzione	Lingua Intervista
1. Detenuta	Firenze	Donna trans	31	Scopino ¹	Induzione Prostituzione & spaccio	5 anni 6 mesi	1°anno 2°mese	Italiano-scarso
2. Detenuta	Firenze	Donna trans	35	studente	Induzione Prostituzione	1 anno 2 mesi	6° mese	Italiano-ottimo
3. Detenuta	Firenze	Donna trans	40	scopino	Spaccio & estorsione	6 anni	2°anno 6°mese	Italiano-scarso
4. Detenuta	Firenze	Donna trans	25	studente	Rapina & estorsione	in attesa giudizio	3° mese	Italiano-buono
5. Detenuta	Firenze	Donna Trans	26	commessa	Induzione Prostituzione	4 anni	1°anno 5°mese	Italiano-buono
6. Detenuta	Belluno	Donna Trans	25	studente	Evasione	2 anni	1°anno 3°mese	Italiano-discreto
7. Detenuta	Belluno	Donna Trans	40	artigiano	Rapina	3 anni	2°anno 1°mese	Italiano-discreto

Note: ¹Termine usato nel gergo penitenziario per riferirsi agli addetti delle pulizie interne all'istituto

Contesto ospedaliero brasiliano

Tabella 4: Interviste non-strutturate con gli utenti trans dell'Ospedale di Brasília

Intervistate/i	Genere	Età	Etnia/Razza ¹	Motivo del ricovero in ospedale
1° Utente	Donna Trans	22	Di colore	Ricovero ambulatorio; Consulta psicologica
2° Utente	Uomo Trans	25	Bianco-Caucasico	Emergenza chirurgica; Consulta psicologica
3° Utente	Uomo Trans	27	Di colore	Ricovero ambulatorio; Consulta psicologica
4° Utente	Donna Trans	28	Di colore	Ricovero ambulatorio; Ricovero d'emergenza per motivi di salute
5° Utente	Genere non binario	29	Di colore	Consulta psicologica
6° Utente	Donna Trans	31	Bianco-Caucasico	Ricovero ambulatorio; Consulta psicologica
7° Utente	Donna Trans	61	Bianco-Caucasico	Consulta psicologica; Chirurgia di riassegnazione sessuale

Nota: ¹Le classificazioni etniche in Brasile prevedono l'autoidentificazione da parte della persona stessa, in conformità alla sua percezione soggettiva riguardo al proprio colore della pelle

8. Contesto carcerario italiano

Il carcere è un contesto il quale si caratterizza da una stretta associazione tra restrizioni materiali (le mura) e simboliche (la riduzione dell'agentività). Una tale macrostruttura sociale definisce quindi ruoli normativizzati e dunque copioni di atteggiamento collettivamente recitati nei diversi contesti dell'interagire quotidiano.

L'identità di genere in questa prospettiva può essere quindi considerata un *habitus*, negoziato all'interno di un campo di significati che ne definisce il margine di agentività, cioè i confini delle proprie possibilità di interpretare questo costrutto culturale rispetto ai vincoli del contesto. Quanto più il contesto diviene reificante rispetto alla definizione di un genere dicotomico tanto più le affermazioni che traslano questo sistema binario di senso e di potere saranno connotate con accezioni di diversità.

Il carcere, in quanto istituzione totale, definisce quell'insieme di ruoli precostituiti per cui il genere deve necessariamente entrare nei vincoli dicotomici della propria struttura normativa, la quale è innanzitutto culturalmente legittimata. Il mancato riconoscimento dell'altro, la violenza di e tra generi, l'indifferenziazione dell'apparato normativo risultano all'interno di questo campo particolarmente enfatizzati.

Il primo estratto coglie esplicitamente quanto l'identità corporea possa influire sulla rappresentazione di sé in quanto identità di genere. Emerge chiaramente la posizione discorsiva che l'interlocutrice assume rispetto alla sua percezione di genere che travalica questi poli antinomici. In questa testimonianza è possibile leggere il «corpo» come un espediente, anch'esso culturalmente definito. Infatti, la fisicità del «sesso» che epistemologicamente viene distinta dal costruito sociale di «genere» può essere visto anch'esso come un sistema di interazioni e di posizionamenti discorsivi.

Infatti, l'interlocutrice, posizionandosi in quanto identità di genere fa esplicitamente riferimento ad aspetti corporei.

Estratto 1: Detenuta 1

1. un trans che è diverso. voglio la forma fisica
2. femminile, però con organo genitale maschile, perché
3. ancora non voglio essere donna perché non c'ho la
4. testa per diventare donna. a me piace essere un trans
5. che è una cosa diversa

La detenuta esordisce il suo discorso sottolineando la sua diversità rispetto ai generi quali donna e uomo: «un trans che è diverso» (riga 1). Questo aspetto è ricorrente nelle testimonianze di tutte le detenute intervistate e costituisce parte integrante rispetto alla costruzione discorsiva riguardo sia alla particolare identità di genere sia alla diversità. Quest'ultima, anziché venir considerata un elemento ostracizzante, diviene un aspetto di rivendicazione della propria identità trans e quindi del proprio diritto di cittadinanza intima. Sul versante corporeo viene posta particolare attenzione alla co-presenza di caratteristiche fisico-sessuali, determinanti sia l'universo femminile sia quello maschile: «voglio la forma fisica femminile, però con organo genitale maschile» (righe 1/2). Procedendo lei afferma anche sul versante identitario un'identità trans che non si posiziona rispetto ad uno dei due tradizionali poli di genere: «ancora non voglio essere donna» (riga 3). Questa rivendicazione di un'identità sociale e individuale è associata dall'interlocutrice a un processo psicologico, rispetto a cui lei non intende, almeno per il momento, intraprendere un percorso di transizione definitivo: «non c'ho la testa per diventare donna» (righe 3/4). Infine, conclude il discorso affermando che questa sua rivendicazione scaturisce proprio da un suo desiderio personale, una sua aspirazione esistenziale che deve essere rispettata e riconosciuta nella sua peculiarità: «a me piace essere un trans che è una cosa diversa».

Quest'ultima dimensione prende in considerazione le interazioni a livello più micro della ricerca. Infatti, rispetto all'organizzazione *top-down* dell'impianto metodologico, l'interazione con gli artefatti (copro) e i meta-artefatti (linguaggio) sono considerati come interdipendenti rispetto alle dimensioni contestuali e normative. L'artefatto diviene uno strumento attraverso cui è possibile costruire i repertori discorsivi rispetto alle coordinate culturali e simboliche entro una specifica dimensione spaziale (il carcere) e temporale (la durata della detenzione).

Di tutt'altro genere si articola il discorso di un'altra detenute intervistate. La carcerata, oltre a mostrare una padronanza della lingua italiana molto buona (aveva cominciato a frequentare un corso di laurea triennale), offre una narrazione piuttosto critica rispetto alle motivazioni che giustificerebbero il trasferimento della sezione trans dal reparto maschile a quello femminile dell'istituto di Firenze-Sollicciano. Sebbene questa decisione potrebbe sembrare essere legata ad un tentativo di riconoscimento dell'identità di genere rivendicata da gran parte delle detenute, essa, in realtà sarebbe più connessa a motivi logistici, dimostrando quanto l'ordine istituzionale dell'apparato penitenziario segue a tutt'oggi una rappresentazione socioculturale e normativa delle identità di genere di impostazione duale ed eteronormativa.

Estratto 2: Detenuta 2

1. vedi nel duemila quattro quando io sono
2. passata di qua, eravamo qua nel reparto maschile. nel
3. duemila cinque effettivamente siamo passati
4. temporaneamente nel reparto dove siamo ora al
5. femminile perché il nostro precedente reparto era
6. stato destinato a diventare un polo universitario.

L'interlocutrice, vivendo il carcere come detenuta, vanta un'esperienza diretta e pertanto la sua rappresentazione del contesto si articola diversamente rispetto al posizionamento delle autorità amministrative e gestionali dell'istituto (Hochdorn et al.; 2018).

La motivazione di trasferire la sezione trans dal reparto maschile a quello femminile risentirebbe a livello di gestione quotidiana di elementi pratici e logistici, più che rispondere a bisogni di riconoscimento identitario.

Dal punto di vista lessicale lo stile narrativo risulta, infatti, personale e pervaso dall'uso della prima persona singolare e plurale: «io sono passata» (righe 6/7), «eravamo» (riga 7) e «siamo passati» (riga 8).

A livello di significato semantico l'interlocutrice, tramite un discorso caratterizzato da vissuti personali, enfatizza il suo disaccordo rispetto alle decisioni prese da direzione ed amministrazione dell'istituto. Ciò che sembrerebbe un atto di riconoscimento, è invece percepito dalla detenuta come una soluzione palliativa e precaria: «temporaneamente» (riga 9); un movente retorico al fine di connotare una decisione puramente pragmatica di accezioni concettuali connesse a politiche sociali.

La loro collocazione nel reparto femminile consisterebbe in una mera ubicazione logistica: «effettivamente» (riga 8), in quanto non ci sarebbero stati altri spazi a disposizione per le carcerate transgender: «perché il nostro precedente reparto era stato destinato a diventare un polo universitario» (righe 10/11).

Il carcere, in termini goffmaniani, può essere infatti considerato come quel luogo, in cui soggetti e gruppi di persone sono costretti a interagire in quanto lo impone la situazione sociale. Quest'ultima, pertanto, costituisce una ribalta particolarmente reificante rispetto alle rappresentazioni che si producono al suo interno: Le rappresentazioni di sé e dell'altro sono perciò connotate dai confini sia materiali quanto ideologici del contesto.

Invero, ciò che spesso emerge dall'analisi della struttura non sempre coincide con ciò che emerge dall'interazione nel qui ed ora. La stessa situazione sociale (contesto e norma), la quale soprattutto nei discorsi prodotti dalle istanze amministrative dell'istituto sembrava rivestire una posizione prioritaria, diviene secondaria già nell'interazione delle detenute (per loro il carcere è quotidianità!).

Il lavoro, per esempio, è stato definito da Foucault (1975/1993) come parte integrante dell'iter rieducativo e quindi destinato ad assolvere funzioni ideal-normative. Per la detenuta, invece, diviene una valvola di sopravvivenza quotidiana: sfuggire dall'oziosità della routine detentiva e dunque di alterare la percezione statica del tempo e della restrizione del luogo.

Cambia il *frame spazio-temporale*, cambia il *senso dell'interazione* e dunque il significato attribuito a determinati espedienti discorsivi entro una situazione sociale definita nel qui ed ora. Infatti, il lavoro è stato associato da Foucault (ibidem) a una forma di potere punitivo che mira alla normalizzazione sociale. Rispetto alla cornice contestuale entro cui è inserita la presente ricerca emerge un significato attribuito al lavoro, dissonante rispetto al «*principio di ordine e regolarità*» (Foucault 1975, ed. ita, 1993, p. 265), perché è cambiata la forma organizzativa del lavoro stesso, che ora diviene uno strumento di rieducazione in grado di fornire delle competenze funzionali per una vita fuori dal carcere.

Il prossimo estratto si riferisce, infatti, all'esperienza di una detenuta che considera il lavoro come un'attività di valenza sia economica che simbolica. Emerge dal suo racconto quanto il lavoro ri-attribuisca quei frammenti di identità di cui un detenuto è stato spesso spogliato al suo ingresso in istituto (Goffman 1963/1983, 1961/2003).

Estratto 3: Detenuta 4

1. tu sai che stare dentro un carcere è come una gabbia,
2. no? io devo combattere per stare *fora*¹. io ho bisogno
3. di trovare un posto, un lavoro ho bisogno di trovare
4. un posto un lavoro, un assistente sociale che mi porti mi
5. prendi *fora*.

Nota: ¹Inflessioni lusofone e improprietà linguistiche in italiano sono state mantenute così come enunciate da parte dell'interlocutrice ed evidenziate in corsivo

L'interlocutrice rappresenta ciò che gli studiosi interessati alle micro-strutture della vita quotidiana, intendono per senso condiviso e negoziato. Questo senso, pertanto, non può essere esclusivamente insito in un significato normativo sovraordinato (Mininni, 1993), bensì una produzione di conoscenza condivisa, in cui i significati stessi divengono parte funzionale del contesto e della situazione nel *hic et nunc*.

L'impiego professionale, contrariamente a quanto ipotizzato da Foucault, per cui «Il lavoro viene definito, come l'isolamento, un agente di trasformazione carceraria» (1975, ed. ita, 1993, p. 264) diviene nella quotidiana detentiva un mezzo per affermare la propria identità. Invero l'intervistata associa il carcere a una gabbia: «un carcere è come una gabbia» (riga 1) e il lavoro come la dimensione che ripristina il tempo della propria esperienza.

Estratto 4: Detenuta 4

1. per me qua è come se fossi, ci fossi, quando con le
2. persone *sta* in carcere a lavorando *o* tempo passa. io
3. sto qua dentro e *estou* lavorando e sto bene. lavoro
4. cinque ore al giorno. per me sto tranquilla.

Il contenuto semantico di questo enunciato sarebbe di per sé sufficiente per comprendere il valore sociale che viene attribuito al lavoro. Il lavoro in questo senso non è soltanto da intendersi come un mezzo al fine di guadagnare soldi ma un biglietto da visita per debuttare nei sistemi legittimati di una società liquido-moderna (Bauman, 2001/2005).

Le griglie ermeneutiche di Foucault inquadrano i meccanismi di base del sistema penitenziario intorno a tre concetti: la modulazione della pena, l'isolamento e il lavoro. Rispetto a queste considerazioni si è potuto osservare come il modificarsi delle coordinate storiche e culturali possa influenzare una valutazione etica rispetto ai vissuti soggettivi e affettivi dei partecipanti di un determinato contesto (Goffman, 1959/1969). Diviene, pertanto, ancor più importante osservare un'interazione situata, tenendo conto di tutte le coordinate contestuali in cui è inserita.

Infine, in riferimento all'esperire quotidiano risulta fondamentale la percezione del tempo, spesso in sospenso per chi trascorre un notevole asso temporale all'interno di un'istituzione totale. Questo aspetto è riferito da tutte le detenute intervistate per questa ricerca, in quanto le attività proposte nell'istituto non riescono spesso a coprire in modo esaustivo l'arco di una giornata nel carcere. Il sovradimensionamento, inoltre, della popolazione detenuta permette soltanto a un'esigua percentuale dei carcerati di partecipare ad attività lavorative, scolastiche o ricreative.

Rispetto a quanto formulato da Wodak & Weiss (2001), le coordinate spazio-temporali relegano i discorsi entro specifici confini di significato implicito. Il tempo in questo senso non è solo da considerarsi una variabile contestuale, piuttosto che psicologica, ma una dimensione esistenziale in base a cui si definisce la vita di una persona. L'esperienza di reclusione implica la separazione da tutte quelle interazioni nel quotidiano che fino al momento dell'arresto costituivano parte integrante dell'identità.

Il tempo, oltre a essere un'unità di misura, può essere definito come il susseguirsi di azioni nell'arco di una giornata. La quotidianità si esprime, infatti, da ciò si realizza tutti i giorni. Essendo la dimensione temporale quasi in sospenso all'interno di un contesto totalizzante, le attività lavorative, anziché assumere una valenza correzionale come sostenuto da Foucault, sono uno spesso indispensabile rimedio alla noia e la depressione.

L'interlocutrice del prossimo estratto, pur essendo consapevole delle drammatiche condizioni della vita carceraria, rappresenta il lavoro come un aspetto positivo, se non altro per il significato che riesce a dare al tempo trascorso nell'istituto. L'intero svolgimento dell'intervista, infatti, è pervaso da espliciti riferimenti al tempo:

Estratto 5: Detenuta 3

1. il tempo per me si è fermato. per questo quando esco
2. in permesso io chiamo mia famiglia. qua dentro si
3. ferma. si ferma, per questo lavoro cinque ore e come se
4. io fossi stato un giorno fora.

Emerge egregiamente da questo passaggio come il tempo viene principalmente associato, all'interno del carcere, a due dimensioni sociali: il lavoro e l'affetto. Infatti, l'interlocutrice afferma nella prima parte dell'estratto quanto il tempo senza impiego resti invariato: «il tempo per me si è fermato» (riga 1) e che appena può gestire il proprio tempo: «quando esco in permesso» (righe 1/2), cerca i contatti con le persone significative della sua vita: «io chiamo mia famiglia». A livello lessicale spicca una reiterazione retorica rispetto al costrutto di stasi, che è ripetuto ben tre volte all'interno di una stessa sequenza semantica: «fermato» (riga 1), «si ferma, si ferma» (righe 2/3). Questa situazione di stallo temporale e dunque esistenziale sembra risolversi, oltre che attraverso i contatti con i propri famigliari, proprio tramite il tempo impiegato in attività lavorative: «lavoro cinque ore e come se io fossi stato un giorno fora» (righe 3/4). In particolare, quest'ultima affermazione fa emergere chiaramente quanto il lavoro e il tempo siano associati alla libertà e dunque alla vita fuori dalle mura del carcere.

Il costrutto di libertà, inteso come margine di agentività soggettiva e intersoggettiva, è uno degli aspetti più importanti nella vita degli esseri umani e esso assume una particolare rilevanza, qualora esso venga interrotta. Il concetto di libertà all'interno del carcere è discorsivamente associato al tempo, inteso non come unità di misura bensì come spazio entro cui costruire relazioni, rappresentazioni e conoscenze. L'insieme di queste tre variabili costituisce l'agentività di una persona, o meglio la rappresentazione di agentività che un agente attribuisce alla sua situazione e al contesto. Nel carcere divengono perciò importanti due variabili nella definizione dello spazio e del tempo: la componente lavorativa a cui hanno fatto riferimento gli estratti precedenti e quella affettiva, come emerge dal breve estratto di una detenuta, che parlava del rapporto con il suo ex-fidanzato prima di entrare in carcere. Il seguente estratto, che rappresenta un collegamento analitico tra discorsi prodotti dentro e fuori carcere, fa riferimento ad un aspetto fondamentale dell'agentività: la libertà di amare!

Quest'ultima, in quanto la funzione del sistema penitenziario prevede un allontanamento spaziale da tutti gli attori significativi della propria vita, proprio per pervenire il più possibile qualunque possibilità di ricostruire quel sistema di contatti associati all'iter dolente del recluso, diviene una mancanza di quegli aspetti indispensabili della propria identità che sono caratterizzati dalla prossimità affettiva dell'altro.

L'identità di genere, oltre al contesto e il linguaggio, risente anche e forse soprattutto da una serie di gesti quotidiani, ossia espedienti di decoro, mediante cui si attribuisce un senso e dunque una legittimazione alla propria rappresentazione di genere.

Estratto 6: Detenuta 5

1. mi sentivo una principessa. mi portava da mangiare a
2. letto, tanti fiori mi regalava, mi ha comprato tanti
3. vestiti nuovi

I «fiori» (riga 2) e i «vestiti» (riga 3) potrebbero essere considerati degli *artefatti affettivi* pur di enfattizzare e dunque riconoscere quotidianamente un'identità di genere declinata al femminile, così come le attenzioni comunicate mediante gesti: mi portava da mangiare a letto (righe 1/2). Questi espedienti di decoro, culturalmente associati a comunicazioni affettive, acquisiscono un significato relazionale attraverso un gesto di connotazione quotidiana: il regalo. Il dono, infatti, rappresenta nella cultura occidentale una dimostrazione d'affetto al fine di comunicare un riconoscimento *dell'altro all'altro* (Mantovani, 2005).

Alessandro Salvini (1999), parlando della sua esperienza da terapeuta nell'interagire con persone trans, sottolinea proprio l'importanza del gesto quotidiano nel riconoscere l'identità dell'altro. Questo gesto, oltre al regalo, può anche consistere in un apprezzamento comunicativo e quindi di natura prettamente simbolica: il complimento. Egli afferma, infatti, che durante un colloquio fece strategicamente notare la sua attenzione verso elementi di decoro, socialmente identificati con sistemi di significati declinati al femminile; in tal caso l'abbigliamento e i gioielli: «Credo come tutti che queste amestiste siano in sintonia con il colore del suo vestito» (Salvini, 1999, p. 265).

Commentando, lo psicologo ribadisce la funzione sociale degli elementi di decoro pur di sottolineare metaforicamente un bisogno di conferma della propria identità:

Ho risposto (...) ad una richiesta di conferma al bisogno di Miriam di sentire in che misura riconoscevo le possibilità seduttive della sua femminilità, sfruttando l'eco sul piano della sua rappresentazione interiore (Salvini, 1999, p. 265).

Tale rappresentazione di sé, emerge, infatti da un insieme di gesti quotidiani negoziati nell'interazione con gli altri attori. *Fiori e vestiti*, sebbene siano degli oggetti, divengono nella situatività dei posizionamenti nel qui ed ora *Rappresentazioni sociali*, attorno cui si costruisce un senso di sé in quanto identità genderizzata.

Sul piano affettivo, mediante delle attenzioni particolari, si rafforza una rappresentazione di sé come donna, discorsivamente circoscritta da immagini culturali legati all'universo femminile: «mi sentivo una principessa» (riga 1). Questo sentirsi viziata e coccolata, diviene una pratica

affettiva, che delinea a livello quotidiano gli invisibili confini tra sistemi di rappresentazioni e costrutti di identità.

Il genere narrativo che emerge da questo resoconto è lessicalmente pervaso da figure retoriche descrittive che richiamano esempi di vissuti personali e quindi situati. Il ricorso all'esemplificazione, piuttosto che il ricorso alla reificazione, tipica di un discorso normativo, denota un enunciato di tangibilità e concretezza.

Contesto ospedaliero brasiliano

Come ribadito nell'introduzione, non solo le carceri, ma anche gli ospedali possono essere considerati contesti fortemente istituzionalizzati, inquanto sottostanno a una logica strutturale, organizzativa e funzionale che risente di schemi normativi e costituzionali profondamente ancorati all'ordine sociale e simbolico delle macrostrutture culturali e ideologiche di uno specifico contesto geopolitico di riferimento (Goffman, 1959/1969). Turni, vincoli e obblighi di permanenza, come nel caso dei ricoveri a lunga degenza o dei TSO (trattamenti sanitari obbligatori), riducono veemente i margini di agentività dell'utenza (i pazienti). Anche le possibilità di poter rivendicare un'identità di genere che si discosta dall'ancestrale antinomia del dualismo sessuale ed eteronormativo, risente dei vincoli normativi di un contesto, che similmente alle carceri, viene gestito seguendo l'ordine costituzionale vigente (esistono reparti maschili e femminili, pratiche cliniche specificamente destinate a utenti di ambedue i sessi, ecc.).

Dalle interviste con gli utenti trans, sono emersi diversi resoconti rispetto all'inefficienza del sistema sanitario rispetto alle pratiche di interazione con le persone trans, che spesso sfociano in comportamenti transfobici. Molte, infatti, sono le denunce sporte da parte dell'utenza trans, indicando una mancanza di politiche pubbliche adeguate, nonché la carenza di specifici programmi formativi rivolti agli operatori sanitari (Rocon et al., 2019; Rocon et al., 2020).

Estratto 7: Utente 1

1. nunca foi possível fazer uma..., completar o número de
non è mai stato possibile, fare..., arrivare a un numero
2. médicos que era exigência para se criar um grupo de médicos
di medici sufficienti, che era un'esigenza per creare un gruppo di medici
3. para não só atendimentos ambulatoriais, como hormonais, mas
non solo per l'assistenza ambulatoria, come (terapie ormonali)¹, ma

4. para fazer a própria cirurgia transexuail das pessoas. Então
per fare la propria chirurgia di riassegnazione sessuale. Quindi
5. eu tive que buscar..., a gente teve que buscar..., as pessoas
dovevo rivolgermi..., noi dobbiamo rivolgerci, alle persone
6. que estavam comigo que buscavam essa cirurgia, a gente teve
che stavano con me per cercare questa chirurgia, noi dobbiamo
7. que buscar em outro local.
per forza cercare (assistenza) presso un altro centro

Nota: 'Parola a cui l'interlocutore si riferisce implicitamente, ma non consta nell'originale in portoghese

Pregiudizi e discriminazione risultano tra le cause di una soglia piuttosto esigua di utenti trans, rispetto al numero complessivo di questa popolazione, che si rivolge presso i servizi sanitati, anche di fronte a situazioni di assoluta emergenza (Preu & Brito, 2019; Rocon et al., 2016; Rocon et al., 2020). Le persone intervistate hanno ribadito più volte quanto sia indispensabile poter contare sulla presenza di professionisti adeguatamente preparati per interagire con le persone trans. Assistenze specializzate e pratiche cliniche rispettose dovrebbero essere implementate nelle routine quotidiane delle prestazioni sanitarie per garantire il riconoscimento delle identità di genere non binarie. Da questo punto di vista, i servizi ospedalieri di Brasília sono stati considerati all'avanguardia e più volte citati come esempi da parte della comunità scientifica (Monteiro et al., 2019), anche se durante le pratiche di interazione quotidiana, situazioni ambigue e incomprensioni reciproche, continuano essere piuttosto frequenti.

Estratto 8: Utente 2

1. Assim fica até meio exótico, tipo como lidar com pessoas
Così sembra quasi qualcosa di esotico, come aver a che fare con persone
2. trans, mas acho que é importante que as pessoas saibam o
trans, ma credo che sia importante che le persone sappiano
3. mínimo dessa questão de gênero, até porque as pessoas cis,
un minimo sulla questione di genere, anche perché le persone cis
4. elas parecem que não tem gênero, cis não é gênero, cis é o
sembrano di non avere un genere, cis non è genere, cis è ciò
5. comum, e aí você que é trans que está destoando, então se
che è la regola, e qui sei tu che sei trans che sei diverso
6. explique, né!?
quindi bisogna giustificarsi, vero!?

Quando si è di fronte a una norma, tutto ciò che si discosta da essa tende a essere omologato a una generale accezione di diversità (Fuchs et al., 2021; Louro, 2004). Le rappresentazioni sociali delle persone trans sono, di fatto, tuttora permeate da una forte percezione di cisnormatività e ciò si evince chiaramente dal trattamento sanitario rivolto a questa utenza. Un'adeguata conoscenza rispetto ai processi di rivendicazione soggettiva delle identità di genere risulta del tutto assente nei contesti ospedalieri.

Qualora, di fatto, non è possibile prendere le distanze dall'egemonica concezione di cisnormatività (e/o eteronormatività), difficilmente si possono avviare dibattiti critici sulle identità di genere, unitamente all'importanza di implementare politiche di sensibilizzazione riguardo a questa questione all'interno dei servizi sanitari. Ciò comporta una sovrapposizione tra ciò che rientra nell'etichetta normativizzante del cosiddetto «naturalmente dato», impedendo di poter accedere a una comprensione più ampia rispetto a concezioni biodeterministiche, fortemente ancorate a schemi ideologici, normativi e simbolici (Fuchs et al., 2021; Jesus, 2012a; Louro, 2004; Rocon et al., 2019). Un tale disinteresse incide sulla mancanza di informazioni che spesso aumentano il pregiudizio e, di conseguenza, accentuano atteggiamenti e comportamenti transfobici durante le pratiche assistenziali rivolte all'utenza trans negli ospedali (Rocon et al., 2018; Silva et al., 2017).

Estratto 9: Utente 2

1. Eu já tenho que chegar me colocando, eu sou a Nathália, eu *Quando arrivo sono io che mi devo posizionare, io sono Nathália,*
2. sou uma pessoa trans, tipo, pessoas cis não precisam fazer *sono una persona trans, del tipo, le persone cis non devono fare*
3. isso, «oh não, eu sou cis».... Enfim, quero esse tratamento, e *questo, «oh no, io sono cis».... Infine, desidero questo trattamento,*
4. por aí vai... *così sono a posto...*

Al di là del contesto sanitario, l'autoidentificazione di genere riveste un ruolo centrale nella vita delle persone trans. Lungo le interviste, le persone trans fanno spesso riferimento a quanto esse soffrono il fatto di dover giustificare la propria rivendicazione soggettiva di genere. Dal breve estratto sopracitato si evince che, contrariamente alle persone cisgender, la persona trans si trova costretta a evidenziare la sua diversità in termini di identità di genere. Tale posizione rappresenta un filo conduttore sia lungo le interviste con gli utenti trans nei contesti ospedalieri brasiliani, sia con quelle

realizzate nelle carceri italiane (vedi Estratto 1). Il mancato riconoscimento dell'identità di genere delle persone, spesso connotato di transfobia, esercita spesso un'influenza forte sulle decisioni di sottoporsi a trattamenti di chirurgia plastica molte volte estremamente incisivi, proprio per evitare processi di etichettamento e stigmatizzazione (Rocon et al., 2019; Rocon et al., 2020; Silva et al., 2017). L'estratto successivo, preso dall'intervista di un uomo trans, rispecchia nitidamente quanto risulti importante modificare il proprio aspetto pur di passare inosservati, in netta dissonanza quindi rispetto a scelte più soggettive ed egosintoniche:

Estratto 10: Utente 3

1. E, pra gente a questão da passabilidade é muito importante. A *Per noi la questione di passare inosservati è molto importante.*
2. vontade de fazer a mamoplastia masculinizadora, a vontade de *La volontà di sottoporsi alla mastectomia mascolinizante, la*
3. ter barba, a vontade de ficar forte, a vontade de passar *volontà di avere una barba, la volontà di essere forti, la*
4. mesmo por um cara cis, porque essa é a nossa vontade, tá. *volontà di essere considerati un tipo cis, perché questa è la nostra volontà, capisci.*

L'adozione del proprio nome sociale (in Brasile si riferisce al nome dichiarato dalla persona, indipendentemente da quello registrato all'atto di nascita) e l'uso del genere grammaticale adeguato nell'interazione con persone trans, hanno segnato un traguardo significativo per i diritti umani in Brasile (Jesus, 2012a; Jesus, 2013; Silva et al., 2017), dal momento che le persone cisgender non hanno bisogno di dover lottare per il riconoscimento della propria identità di genere (Fuchs et al., 2021).

Pur avendo superato molte difficoltà, in particolare durante i decenni successivi alla dittatura militare brasiliana, la lotta per la conquista di diritti e pari opportunità per la popolazione trans in Brasile rappresenta tuttora una causa interminabile e un traguardo quasi irraggiungibile (Rocon et al., 2018).

Estratto 11: Utente 4

1. Quando eu troquei meu nome já tinham várias outras travestis *Quando ho cambiato il mio nome, ci sono state varie altre persone trans*
2. que chegaram a trocar, mas eu não queria trocar por causa

che sono arrivate a cambiare (il loro nome), ma io non volevo cambiare perché

3. que eu estava sem dinheiro, não tinha dinheiro pra trocar, *non avevo soldi, non avevo soldi per cambiare (il nome),*
4. eu tinha que pagar uma taxa. Hoje eu paguei uma taxa e eu *dovevo pagare una tassa. Oggi ho pagato una tassa e ho*
5. troquei o meu nome, foi até tranquilo... troquei o meu nome *cambiato il mio nome, è stato persino tranquillo... ho cambiato*
6. todinho, graças a Deus. *il mio nome completo, grazie a Dio.*

Al di là che la legislazione brasiliana preveda la possibilità di poter rettificare il proprio nome assegnato all'atto di nascita, tale processo risulta ancora piuttosto difficoltoso e ostacolato, specialmente per le persone di precaria estrazione socioeconomica (Preu & Brito, 2019).

Pur con i diritti garantiti dalla legge, le persone trans continuano a riportare frequenti esposizioni a situazioni discriminatorie quando si trovano a interagire con gli operatori e i professionisti del sistema sanitario nazionale (Rocon et al., 2018; Rocon et al., 2020; Silva et al., 2017), come dimostrato dal seguente estratto da parte di un uomo trans.

Estratto 12: Utente 3

1. Eu fui fazer uma cirurgia de pedra na vesícula e eu disse *Sono andato a fare una chirurgia per un calcolo nella vescicola*
2. para o profissional de saúde: olha, eu sou um cara trans e *e dissi all'operatore sanitario: guarda, sono un tipo trans*
3. e na hora de fazer a cirurgia também, etive que avisar o pessoal *e anche quando sono andato a fare la chirurgia, dovevo avvisare*
4. que ia fazer cirurgia, falei: opa, peraí, antes de tirar minha *che stava facendo una chirurgia, quindi dissi: allora, prima di togliere i miei*
5. roupa aqui, eu sou um cara trans, aí o cara falou: oh, importante, *vestiti, io sono un tipo trans, l'operatore rispose: ah,*
6. não sabíamos, não imaginava, bem lembrado *che importante, non sapevamo, non immaginavamo, grazie per ricordare*

I vissuti delle persone trans costituiscono uno scenario di vulnerabilità socioculturale, profondamente ancorato nel tessuto storico brasiliano (Jesus, 2013; Monteiro et al., 2019).

Le violenze transfobiche risultano per lo più conseguenti da una struttura cisnormativa, tendenzialmente avverse nei confronti delle persone LGBT e tutto che rappresenta la loro dignità soggettiva e intersoggettiva (Fuchs et al., 2021; Louro, 2004; Rocon et al., 2018; Rocon et al., 2019; Silva et al., 2017). La mancanza di politiche sociali e di campagne di sensibilizzazione confermano questo scenario (Preu & Brito, 2019). Nonostante i servizi sanitari pubblici rappresentino un diritto costituzionale in Brasile, principi quali uguaglianza, universalità e pari opportunità si limitano spesso a delle retoriche formali, senza entrare a pieno nei protocolli di assistenza rivolta alle persone trans e, in generale, a tutte quelle utenze in situazioni di vulnerabilità (Mello et al., 2011; Oliveira et al., 2019; Socías et al., 2014; Souza et al., 2014).

Tuttavia, non tutte le esperienze riportate dalle persone trans intervistate sono state del tutto negative. È stato, infatti, ribadito che al di là delle situazioni ostili spesso riscontrate all'interno delle strutture di assistenza sanitaria, alcuni professionisti si mostravano adeguatamente preparati, vantando un conoscenza tecnico appropriato rispetto alle terminologie, le concettualizzazioni e la realtà socioculturale delle persone trans. Questi resoconti riguardavano principalmente i servizi specializzati per offrire assistenza all'utenza trans e/o professionisti con conoscenze ed esperienze personali rispetto alla realtà (inter)soggettiva delle persone LGBT.

Infine, è stato fatto riferimento all'importanza dei gruppi terapeutici, intesi come spazi di ascolto, condivisione e accoglimento, messi a disposizione da alcune unità sociosanitarie per l'utenza trans. Ciò ha dimostrato che la presenza di un clima di riconoscimento rispetto alla soggettività delle esperienze di genere non binarie, favorisce una maggior fiducia da parte dell'utenza trans rispetto ai servizi di assistenza messi a disposizione da parte del sistema sanitario nazionale (Mello et al., 2011; Rocon et al., 2020).

Considerazioni comparative tra contesto penitenziario italiano e ospedaliero brasiliano

I risultati dimostrano come le realtà sociali siano situate entro coordinate normative e temporali e quanto le esperienze si sviluppino nell'interazione tra contesto e (meta)artefatti.

Questi processi di interazione risultano, di fatto, enfatizzati all'interno delle istituzioni totali. L'identità individuale rischia di essere atrofizzata e omologata rispetto a categorie di significati e regole organizzative, definite dalle classi sociali dominanti. Le diverse produzioni discorsive, espressione di distinti modi di significazione, scaturirebbero da una dif-

ferente modalità di interazione tra le persone trans e il dominio eteronormativo (Schilt, 2006, Ward & Schneider, 2009).

In riferimento a ciò sono state indagate le dinamiche organizzative e i vissuti relazionali che si sviluppano in contesti ad alto funzionamento normativo, il Nuovo Complesso Penitenziario (NCP) di Firenze-Sollicciano e il carcere di Belluno-Baldenich, in un particolare sottogruppo della popolazione detenuta: la sezione transgender per quanto riguarda la realtà italiana, e l'ospedale universitario di Brasília rispetto all'interazione tra utenza trans e operatori sanitari, concernente la realtà brasiliana. Sono state analizzate le modalità di posizionamento delle persone trans rispetto alla più ampia cornice ideologico-culturale, alle strutture, all'organizzazione penitenziaria e ospedaliera, quanto ai (meta)artefatti che mediano le interazioni (il linguaggio).

Si sono osservati diversi posizionamenti discorsivi, in stretta relazione con differenti rappresentazioni di status e ruolo che cambiano a seconda del livello di affiliazione con il contesto. La variabilità dei repertori discorsivi fa riferimento a differenti modalità di interazione intersoggettiva, con i rispettivi gradi di agentività, potere, istruzione ed esperienza. I membri, infatti, che interagiscono all'interno di un medesimo contesto temporalmente circoscritto, producono un peculiare genere narrativo (Wodak & Weiss, 2005).

Un altro elemento rilevante è stato riscontrato nelle spesso discordanti descrizioni del contesto da parte delle persone intervistate, in quanto le varie prospettive discorsive possono essere comprese come differenti modalità di posizionamento entro uno stesso contesto. Le discrasie tra norme istituzionali, regole sociali, prassi socioassistenziali e vissuti affettivi e personali sono, infatti, spesso difficili da affrontare e da risolvere, soprattutto all'interno di contesti a elevato funzionamento normativo, quali carceri e ospedali.

9. Dall'analisi si è potuto evincere che, al di là delle differenze strutturali, in termini culturali e istituzionali, delle due realtà (circuiti carcerario e rete ospedaliera) prese in considerazione per la presente ricerca, continua a prevalere una diffusa prospettiva bio-deterministica rispetto al margine di agentività entro cui è possibile rivendicare un'autentica rappresentazione soggettiva di sé.

Coloro, la cui identità di genere non (co)risponde alle prerogative egemoniche del binarismo sessuale, si trovano relegate all'interno di una situazione di stallo storico-normativo che privilegia l'affiliazione a un

modello duale, tipico di una visione positivistica, materialistica e meccanomorfa della realtà.

Nel caso specifico delle donne trans recluse presso le carceri italiane emerge un intreccio tra diverse accezioni stigmatizzanti, in quanto emarginate per il reato commesso, escluse per la rivendicazione di un'identità di genere non-binaria, nonché discriminate per la spesso precaria classe sociodemografica di appartenenza, associando i percorsi identitari da esse rivendicati a una rigorosa visione medicalizzante e, dunque, patologizzante, spesso sovrapponendo impropriamente i loro trascorsi devianti (l'infrazione) ad un presunto e infondato disturbo del comportamento sessuale (il genere non-binario).

Per quanto invece riguarda le e gli utenti trans della rete ospedaliera pubblica brasiliana, il sistema sanitario sovraccarico e saturato, specialmente in seguito ai devastanti effetti provocati dalla pandemia del virus Sars-Cov-2, non riesce a implementare politiche e servizi sociali adeguati al fine di rispondere alle esigenze particolari della popolazione trans in trattamento clinico.

La discrepanza a tutt'oggi consistente tra paradigmi binario-modernisti e soggettività post-moderna risulta ampiamente diffusa lungo tutti i livelli d'interazione nelle società contemporanee. La visione patologizzante rispetto a vissuti in netta dissonanza con il modello simbolico-normativo di riferimento, evidenzia quanto il sapere scientifico sia ancora piuttosto imbevuto di senso comune, il che promuove, più che superare, rappresentazioni sociali culturalmente circoscritte e, di conseguenza, normativamente legittimate.

I risultati sottolineano quanto i costrutti di identità fossero processi permeabili, i quali non possono essere intesi come dimensioni monolitiche (Mantovani, 2005). Risulterebbe perciò riduttivo considerare la violenza di genere come una mera correlazione tra diseguaglianze fisiche o culturali. È l'egemonia del discorso a generare sistemi di potere e violenza piuttosto che le differenze di genere in sé (Foucault, 1975/1993).

La disparità di genere diventa dunque uno strumento e una pratica di potere, socialmente legittimata e promossa, al fine di salvaguardare e difendere un'egemonica rappresentazione della realtà culturale (Bourdieu, 1980/2005), per cui il dominio maschile costituisce una matrice simbolica e normativa per (ri)produrre, preservare e tutelare delle solide gerarchie autocratiche fondate sulla disuguaglianza, discriminazione e violenza di genere.

Riferimenti bibliografici

- BAUMAN, Z. (2001). *The Bauman reader*. Oxford: Blackwell. Trad. it., *Globalizzazione e Glocalizzazione*. Roma, 2005
- BERGER, P.L., LUCKMANN T., (1966), *The social contruction of reality*. New York. Trad. it., *La realtà come costruzione sociale*. Bologna, 1969
- BOURDIEU, P. (1980). *Le sens pratique*. Paris. Trad. it., *Il senso pratico*. Roma, 2005
- BUTLER, J. (1990). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York. Trad. it., *Scambi di genere. Identità, sesso e desiderio*. Milano, 2004
- COLE, M. (1995). *Culture and cognitive development: From cross-cultural research to creating systems of cultural mediation*. *Culture & Psychology*, 1(1), 25-54. <https://doi.org/10.1177/1354067X9511003>
- FAIRCLOUGH, N. (2006). *Language and Globalization*, London
- FOUCAULT, M. (1969). *L'Archéologie du savoir*. Paris. Trad. it., *L'archeologia del sapere*. Milano, 1971
- FOUCAULT, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris. Trad. it., *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*. Torino, 1993
- FUCHS, J.J.B., HINING, A.P.S., TONELI, M.J.F. (2021). *Psicologia e Cisnormatividade*. *Psicologia & Sociedade*, 33(e220944). <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2021v33220944>
- GOFFMAN, E. (1959). *The perception of self in everyday life*. New York. Trad. it., *La vita quotidiana come rappresentazione*. Bologna, 1969
- Goffman, E. (1961). *Asylums, Essays on the Social Situation of Mental Patiants and Other Immates*. New York. Trad. it., *Asylums*. Torino, 2003
- GOFFMAN, E. (1963). *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*. New York. Trad. it., *Stigma l'Identità negata*. Milano, 1983
- GOFFMAN, E. (1974). *Frame Analysis. An Essay on the Organization of Experiences*. Boston. Trad. it., I. Matteucci (a cura di), *Frame Analysis. L'organizzazione dell'Esperienza*. Roma, 2006
- GOFFMAN, E. (1977). *The Arrangement between the sexes. Theory and Society*, 4(3), 301-331. Trad. it., *Il rapporto tra i sessi*. Roma, 2009
- HOCHDORN, A., FALEIROS, V.P., VALERIO, P., VITELLI, R. (2018). *Narratives of Transgender People Detained in Prison: The Role Played by the Utterances "Not" (as a Feeling of Hetero- and Auto-rejection) and "Exist" (as a Feeling of Hetero- and Auto-acceptance) for the Construction of a Discursive Self. A Suggestion of Goals and Strategies for Psychological Counseling*. *Frontiers in Psychology*, 8(2367). <http://doi.org/10.3389/fpsyg.2017.02367>
- HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (HUB-UnB). (2020). *Plano Diretor Estratégico 2021 – 2023*. Brasília, DF. Recuperado em 24 de setembro de 2022, de https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hub-unb/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/programas-projetos-e-acoes/pde-2021-2023_090221.pdf
- JEFFERSON, G., SACKS H. (1995). *Lectures on conversation, vol. 1 & 2*. Oxford
- JESUS, J.G. (2012). *Orientações sobre identidade de gênero: Conceitos e termos* (2ª ed). Brasília

- JESUS, J.G. (2013). *Transfobia e crimes de ódio: Assassinatos de pessoas transgênero como genocídio*. História Agora, 16. 101-123
- LABOV, E., WALETZKY, J. (1967). *Narrative analysis: Oral versions of experiences*. In Helm, J. (a cura di), *Essays on the verbal and visual arts* (pp. 286-338). Seattle
- LOURO, G.L. (2004). *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte
- OLIVEIRA, B.P., SILVA, M.A.S., SOUZA, M.S. (2019). *O direito à saúde de pessoas trans no Distrito Federal: entre o direito de existir e o direito à equidade*. *Cadernos Ibero-Americanos De Direito Sanitário*, 8(1), 10-25. <https://doi.org/10.17566/ciads.v8i1.502>
- MANTOVANI, G. (1996). *Social context in HCI: A new framework for mental models, cooperation, and communication*. *Cognitive Science*, 20, 237-269. [https://doi.org/10.1016/S0364-0213\(99\)80007-X](https://doi.org/10.1016/S0364-0213(99)80007-X)
- MANTOVANI, G. (2005). *L'Elefante invisibile. Percorsi di Psicologia Culturale* (2° edizione). Firenze
- MEAD, G.H. (1934). *Mind, Self, and Society*. Chicago. Trad. it., *Mente, Sé e Società*. Firenze, 1972
- MELLO, L., PERILO, M., BRAZ, C.A., PEDROSA, C. (2011). *Políticas de saúde para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil: em busca de universalidade, integralidade e equidade*. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, 9, 7-28. <https://doi.org/10.1590/S1984-64872011000400002>
- MININNI, G. (2008). *Psicosemiotica dell'organizzazione*. In A. Manuti, G. Mininni (a cura di) *Il senso dell'organizzazione. Lo sguardo della psicologia culturale*. Roma
- MONTEIRO, S., BRIGEIRO, M., BARBOSA, R.M. (2019). *Saúde e direitos da população trans*. *Cadernos de Saúde Pública*, 35(4). <https://doi.org/10.1590/0102-311x00047119>
- PREU, R. DE O., BRITO, C.F. (2018). *A Questão Trans no Cenário Brasileiro*. *Revista Periódicus*, 1(10), 95-117. <https://doi.org/10.9771/peri.v1i10.27809>
- ROCON, P.C., RODRIGUES, A., ZAMBONI, J., PEDRINI, M.D. (2016). *Dificuldades vividas por pessoas trans no acesso ao Sistema Único de Saúde*. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(8), 2517-2526. <https://doi.org/10.1590/1413-81232015218.14362015>
- ROCON, P.C., SODRÉ, F., RODRIGUES, A., BARROS, M.E.B.D., WANDEKOKEN, K.D. (2019). *Desafios enfrentados por pessoas trans para acessar o processo transsexualizador do Sistema Único de Saúde*. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, 23. <https://doi.org/10.1590/interface.180633>
- ROCON, P.C., WANDEKOKEN, K.D., BARROS, M.E.B.D., DUARTE, M.J.O., SODRÉ, F. (2020). *Acesso à Saúde pela População Trans no Brasil: Nas Entrelinhas da Revisão Integrativa*. *Trabalho, Educação E Saúde*, 18(1), e0023469. <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00234>
- SALVINI, A. (1999). *Transessualismo e Riorganizzazione della Rappresentazione di sé: un punto di vista clinico*. *Rivista di Sessuologia*, 23(3), 257-268
- SCHILT, K., (2006). *Just one of the guys? How transmen make gender visible at work*. *Gender & Society*, 20(4), 465-90. <https://doi.org/10.1177/0891243206288077>

- SILVA, L.K.M., SILVA, A.L.M.A., COELHO, A.A., MARTINIANO, C.S. (2017). *Uso do nome social no Sistema Único de Saúde: elementos para o debate sobre a assistência prestada a travestis e transexuais*. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, 27(3), 835-846. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312017000300023>
- SOCIÁS, M. E., MARSHALL, B.D., ARISTEGUI, I., ROMERO, M., CAHN, P., KERR, T., SUED, O. (2014). *Factors associated with healthcare avoidance among transgender women in Argentina*. *International Journal for Equity in Health*, 13(1). <https://doi.org/10.1186/s12939-014-0081-7>
- SOUZA, M.H.T.D., SIGNORELLI, M.C., COVIELLO, D.M., PEREIRA, P.P.G. (2014). *Itinerários terapêuticos de travestis da região central do Rio Grande do Sul, Brasil*. *Ciência & Saúde Coletiva*, 19(7), 2277-2286. <https://doi.org/10.1590/1413-81232014197.10852013>
- TREICHER, P., KRAMARAE, C. (1983). *Women's talk in the ivory tower*. *Communication Quarterly*, 31(2), 118-132. <https://doi.org/10.1080/01463378309369495>
- VAN DIJK, T.A. (1993). *Principles of critical discourse analysis*. *Discourse & Society*, 4(2), 249-283. <https://doi.org/10.1177/0957926593004002006>
- VYGOTSKIJ, L.S. (1934). *Myslenie i rec'*. Moskva: Gos. Soc.-Ekon. Izd., 1960. Trad. it., *Pensiero e Linguaggio*. Roma-Bari, 1990
- WARD, J., SCHNEIDER, B. (2009). *The Reaches of Heteronormativity: An Introduction*. *Gender & Society*, 23(4), 433-439. <https://doi.org/10.1177/0891243209340903>
- WEST, C., ZIMMERMAN, D.H. (1987). *Doing Gender*. *Gender & Society*, 1(2), 125-151. <https://doi.org/10.1177/0891243287001002002>
- WEST, C., ZIMMERMAN, D.H. (2009). *Accounting for Doing Gender*. *Gender & Society*, 23(1), 112-122. <https://doi.org/10.1177/0891243208326529>
- WITTGENSTEIN, L. (1922). *Tractatus Logico-Philosophicus: Logisch-philosophische Abhandlung*. London, 2012
- WODAK, R., WEISS, G. (2005). *Analyzing European Union Discourses*. In A New Agenda. In Wodak R., Chilton P., (a cura di), *(Critical) Discourse Analysis* (pp. 121-136). Amsterdam

FRANCESCO GARZILLO, ALESSIA GIACOMARDO, SARA SCHETTER,
FABIO SCHIATTARELLA, PAOLO VALERIO
«FORTUNATO»,
RIFLESSIONI AL MARGINE
DELL'ESPERIENZA:
UN PROGETTO DI INCLUSIONE
SOCIO-LAVORATIVA PER DETENUTI ETERO,
GAY E GENDER DIVERSE NELLA CASA
CIRCONDARIALE DI POGGIOREALE

SOMMARIO: 1. Fortunato: struttura e fasi del progetto. 2. I gruppi a conduzione psicologica: i gruppi di lavoro sulle *soft skills* e i gruppi di riflessione. 3. Riflessioni al margine; 3.1 Il lavoro di intervizione: contenitore pensante supplente di un contenitore negativo; 3.2 Nodi tematici nel lavoro con i detenuti gay e trans nell'istituzione carceraria.

1. Le attività lavorative intra ed extra-murarie e i corsi di formazione professionali sono gli strumenti fondamentali per dare concreta attuazione ai diritti esigibili costituzionali (art.27)¹, conferire ai detenuti le competenze e le abilità per il futuro e dare risposte concrete al concetto di funzione rieducativa della pena (L. 26 luglio 1975, n. 354)² attraverso trattamenti individualizzati.

Partendo da questa base legislativa, il progetto Fortunato, finanziato da Fondazione con il Sud nell'ambito del bando «E vado a lavorare» nasce con l'intento di generare una serie di azioni sinergiche e formative rivolte a detenuti della Casa Circondariale «G. Salvia» di Poggioreale (Napoli), per accrescere le loro conoscenze e competenze professionali nel settore della produzione di prodotti da forno, nello specifico dei taralli, e creare una cooperativa sociale. Il progetto, promosso dal capofila Antinoo Arcigay Napoli in partenariato con un gruppo di associazioni sensibili al tema

1 Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Art.27 Costituzione Italiana [cfr. art. 13 c. 4].

2 Legge sul trattamento penitenziario pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 9 agosto 1975, n. 212, S.O. Si veda anche la L. 10 ottobre 1986, n. 663 arreante norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà.

LGBT+³, è rivolto a tutti i detenuti particolare attenzione alle persone detenute il cui orientamento sessuale e identità di genere non è eterosessuale e/o *cisgender*.

Nella prima fase progettuale i referenti delle realtà partner, attraverso le figure di coordinamento, hanno svolto numerosi incontri di pianificazione presso la Casa Circondariale:

- Sopralluogo degli spazi da utilizzare per l'allestimento del laboratorio di lavorazione di taralli e prodotti da forno;
- Definizione del numero e tipologia degli utenti partecipanti (caratteristiche, condizione psico-sociale, data fine pena);
- Stesura del format di piano individualizzato come strumento di riferimento per gli operatori;
- Scelta dei padiglioni nei quali effettuare la selezione dei partecipanti, di concerto con i referenti della Casa Circondariale.

Gli utenti selezionati hanno sostenuto colloqui conoscitivi con i coordinatori e i referenti del partner Nèfesh Onlus, psicologi-psicoterapeuti, che hanno illustrato loro *vision* e *mission* progettuali ed effettuato una valutazione iniziale delle aree cognitiva, relazionale, emotiva e dell'autonomia e un bilancio di competenze e di *soft skills*. È stato così possibile individuare il grado di motivazione degli utenti, selezionare i partecipanti effettivi e predisporre un piano formativo individualizzato.

Per una corretta attuazione del progetto e per esigenze dell'istituto, gli utenti sono stati suddivisi in gruppi ristretti di lavoro; essendo l'attività formativa svolta nei diversi reparti in cui sono ospitati i detenuti, tuttavia, non è stato possibile mettere insieme persone detenute eterosessuali e persone LGBT+, per le quali è stato necessario creare un gruppo apposito.

All'avvio di ogni gruppo di lavoro è stata presentata agli utenti l'equipe progettuale intramuraria composta da: referente di progetto, psicologhe-psicoterapeute conduttrici degli incontri di *counseling* di gruppo e laboratori di *soft skills*, formatore del laboratorio di produzione di taralli e prodotti da forno, formatori di avvio e gestione di impresa, formatore HACCP (Analisi dei Rischi e Controllo dei Punti Critici, detto in termini più semplici, si tratta di un sistema di controllo relativamente alla produzione di alimenti, che ha come obiettivo la garanzia della sicurezza igienica e della commestibilità) e tutor d'aula.

3 Nèfesh Onlus – Psicologi e Psicoterapeuti Associati per la Persona e le Famiglie per i colloqui di selezione e bilancio delle competenze; i laboratori di *soft skills* ed il *counseling* di gruppo; APS Humans per la formazione di HACCP e avviamento di impresa; Pride Vesuvio Rainbow per le attività di sensibilizzazione; Fondazione Genere Identità Cultura per l'intervisione degli operatori.

Su indicazione dell'istituto si è preferito operare partendo dal Padiglione Livorno che ospita detenuti comuni, sui quali gravano pene non troppo lunghe, quindi potenzialmente idonei a partecipare a un progetto di reintegrazione sul territorio con una scadenza relativamente breve. Successivamente si è passati a operare presso il Padiglione Salerno sinistro che ospita detenuti gay o alcune detenute transgender che non si sono dichiarate come tali.

In totale le attività previste dal progetto sono state realizzate nel corso di tre sessioni della durata di quattro mesi ciascuna per due giorni alla settimana.

Le attività di formazione del laboratorio di lavorazione di taralli e prodotti da forno sono state svolte da un formatore inviato dal partner di progetto pasticceria Leopoldo, che ha insegnato come produrre il tarallo napoletano classico e successivamente ha sperimentato insieme con gli utenti la produzione di taralli con gusti particolari, decidendo in sinergia con gli utenti anche quali materie prime ordinare, con l'obiettivo di creare un prodotto originale e inedito, inventato tra le mura carcerarie. Ciò ha permesso agli utenti non solo di acquisire competenze tecniche, ma anche di sviluppare la propria creatività.

Alle lezioni pratiche si sono alternate quelle teoriche di HACCP svolte dagli operatori messi a disposizione dall'associazione partner APS HUMANS, che hanno preferito offrire le spiegazioni pratiche all'interno del laboratorio di produzione, piuttosto che realizzare lezioni frontali, guadagnandone in termini di partecipazione proattiva dell'utenza.

Parallelamente sono stati avviati i laboratori di formazione e orientamento per la costituzione e la gestione amministrativa di impresa, tenuti dai formatori del soggetto partner APS HUMANS. Al fine di evitare un calo di interesse dei detenuti nei confronti di azioni progettuali di natura quasi esclusivamente teorica e concettuale, sono state sviluppate lezioni congiunte con la presenza del formatore HACCP e dei formatori del laboratorio di avvio e gestione di impresa. Se «il termine formazione viene riferito quasi esclusivamente alla formazione professionale con il conseguente svuotamento di senso del termine colto nella sua essenza originaria»⁴ il progetto ha ben chiaro il suo indirizzo pedagogico-rieducativo.

Le attività sono state sostenute dalla presenza del tutor d'aula dell'associazione Antinoo Arcigay Napoli, che oltre a supportare i formatori è stato un reale punto di riferimento per gli utenti di progetto, svolgendo il ruolo di

4 M. DI ROBERTO, S. MADDALENA, M. TARASCHI, *La pedagogia che "libera". Spunti per l'educazione in carcere*, Lecce - Rovato, 2013.

collegamento tra detenuti, operatori penitenziari e responsabili del progetto in costante dialogo con gli organi di gestione della Casa Circondariale.

Accanto alle attività di formazione, sono state svolte le attività di intervizione rivolte agli operatori e di sensibilizzazione su tematiche LGBT+ i cui destinatari erano i detenuti.

L'intervisione è un momento di incontro e condivisione allargata dell'esperienza al quale hanno partecipato tutti gli operatori impegnati nel progetto. Gli incontri sono stati condotti da un esperto psicologo-psicoterapeuta della Fondazione GIC. Tale attività è stata svolta a cadenza quindicinale in modalità *on-line*.

Ogni incontro è stato finalizzato a esplorare le complesse e conflittuali dinamiche emozionali sottese allo svolgimento dell'attività formativa in ambito carcerario, al fine di aiutare gli operatori a dare un senso alle eventuali risposte emozionali (controtransfert/identificazioni proiettive) in loro attivate nel corso dell'attività formativa, aiutandoli a riconoscere, etichettare, comprendere ed eventualmente anche esprimere le emozioni attivate nella relazione docente/detenuto. Visto il contesto nel quale si è svolta l'esperienza tale attività è molto importante perché aiuta a prevenire e /o almeno a limitare il rischio di *burn-out* degli operatori.

La sensibilizzazione su tematiche LGBT+ è stata svolta all'interno della Casa Circondariale dagli operatori di Pride Vesuvio Rainbow per due sabati al mese. Sono state affrontate le seguenti tematiche:

- illustrazione del significato dell'acronimo L.G.B.T. e dei singoli termini di classificazione;
- differenza tra eterosessualità e omosessualità;
- distinzione tra orientamento sessuale e identità di genere;
- transgenderismo e percorso di transizione;
- omofobia/transfobia e discriminazione;
- discriminazioni delle persone detenute e LGBT+ nell'ambiente di lavoro.

Visto che gran parte del progetto è stato realizzato durante la pandemia, la scelta di far partecipare un numero ristretto di partecipanti (massimo 13) alle attività progettuali è stata determinata dalla necessità di limitare il rischio di contagio da Coronavirus.

Le attività sono state pensate e realizzate in connessione tra loro, attraverso una costante comunicazione tra gli operatori, impostando una qualità sistemica di lavoro affinché i partecipanti potessero sentire di far parte di un progetto coerente e unitario, in cui, citando un assunto di Kurt Lewin sui sistemi, «il tutto è maggiore della somma delle sue singole parti»⁵.

5 F. CAPRA, *La rete della vita*, Milano, 2001.

Si è aperta così la possibilità di mettere in relazione e in comunicazione campi molto diversi tra loro, attraverso un approccio interdisciplinare che ha consentito ai detenuti di integrare, entrando in contatto con operatori provenienti da diversi campi e saperi, anche parti diverse di se stessi: a) l'aspetto sensoriale più stimolato dall'ambito culinario, b) quello di tipo psicologico che stimola l'aspetto più mentale e rende necessario «fare un pensiero sopra, pensare su»⁶, c) l'ambito del controllo di qualità che stimola un atteggiamento di prudenza e il rispetto delle regole e quindi potenzia la responsabilità individuale e gruppale.

La metodologia delle azioni di progetto ambisce a portare la teoria e l'esperienza emotiva una accanto all'altra, in modo che l'apprendimento possa essere visto da vari livelli⁷, generando un «apprendere dall'esperienza» attraverso un «pensare emozionato»⁸. Tale accezione si rifà alla concezione psicoanalitica di conoscenza, di spinta evolutiva «tesa a valorizzare gli aspetti soggettivi, emotivi e originali del conoscere e a integrare emozione e intellettualità», e ciò senza violare la privatezza del Sé⁹.

Tuttavia, non sono mancati elementi di criticità, generati dal perdurare della situazione pandemica che ha talvolta determinato brevi periodi di sospensione delle attività e da alcune difficoltà di interazione e comunicazione tra i diversi e complessi sottosistemi coinvolti (le associazioni partner, la Direzione della Casa Circondariale, l'Educativa della stessa), ognuno dotato di proprie regole ed esigenze che generano una complessa eco-mappa di progetto¹⁰.

Per garantire una continuità nei momenti di sospensione delle attività, gli operatori dell'équipe di progetto hanno ritenuto opportuno attuare interventi che aiutassero a fronteggiare il passare del tempo e trasmettessero anche, a distanza, un pensiero e una cura nei confronti dei partecipanti, ad esempio facendo recapitare loro delle lettere personalizzate in cui si esprimeva il rammarico per la forzata assenza e si assicuravano i detenuti rispetto alle ansie legate all'approssimarsi della fine dell'esperienza e allo

6 M.F. FREDA, *Narrazione e intervento in psicologia clinica*, Napoli, 2008.

7 AA.VV., *L'Esperienza emotiva nel processo di insegnamento e di apprendimento*, Napoli, 1987.

8 M.F. FREDA, *op. cit.*

9 F. FERRARO, D. PETRELLI, *Tra desiderio e progetto: counseling all'università in una prospettiva psicoanalitica*, vol. 3, Milano, 2000.

10 R. MARCHIONI, M. VIARO, *Genogramma, cronologia degli eventi, mappa delle relazioni nella formazione e nella clinica: una rivisitazione*, in *Terapia Familiare* n. 107, 2015.

svolgimento delle imminenti prove valutative e nello stesso tempo si alleghavano le dispense per lo studio del HACCP.

Un'ulteriore variabile che ha inciso non poco sulla formazione dei gruppi e sulla possibilità di dare una continuità al lavoro è stata la notevole oscillazione della partecipazione dei detenuti, non solo per decisioni personali, ma soprattutto per condizioni determinate dalla Direzione e dall'Educativa della struttura o dal mutare della pena: trasferimenti in altri padiglioni, affidamento al lavoro o arresti domiciliari, isolamento per condotta, incarichi lavorativi all'interno della struttura.

2. All'interno del progetto una parte importante del lavoro è stata condotta dagli psicologi, con l'obiettivo di condurre i detenuti in un processo di riflessione personale e di gruppo sull'esperienza formativo-professionalizzante e accrescere le risorse personali e gruppali.

In prima battuta, come accennato nel precedente paragrafo, sono state individuate delle aree qui di seguito indicate, da approfondire nell'arco dei colloqui conoscitivi, per orientare la selezione dei partecipanti e strutturare la base del Piano Educativo Individualizzato:

AREA DETENZIONE Quali sono i motivi della detenzione? Qual è la tipologia di reato (aggressione, reati contro il patrimonio...)? Il detenuto è alla prima esperienza detentiva?

AREA DIPENDENZA Vi è un presente o un passato di dipendenze patologiche? Se sì, di che tipo (da sostanze, comportamentale...)?

AREA FAMIGLIA Situazione familiare attuale: il detenuto è genitore? È sposato o separato/divorziato? Qual è il clima emotivo della famiglia d'origine e attuale? Vi sono parenti con precedenti penali o attualmente detenuti?

AREA LAVORO Qual è la situazione lavorativa e/o economica che presentavano prima della detenzione? Quando avrà termine la condizione detentiva continueranno a svolgere il lavoro che hanno interrotto al momento dell'arresto? Quali sono i progetti e le ambizioni che hanno per il futuro?

AREA COGNITIVA: Di quali capacità cognitive, di apprendimento, mnemoniche sono equipaggiati? Qual è il livello di istruzione?

AREA EMOTIVA: ci siamo concentrati laddove possibile sulla conoscenza del temperamento, dell'autostima, sulla qualità dei sentimenti sperimentati nei confronti dell'ambiente circostante, con particolare attenzione all'aspetto della rabbia e della violenza e alla capacità di tollerare le frustrazioni.

AREA RELAZIONALE: Esiste una capacità di cooperare in gruppo, di confrontarsi, di avviare un dialogo? Qual è il rapporto con gli altri

detenuti e con le persone di riferimento fuori dalla struttura? Vi è una capacità di rispetto delle regole?

AREA DELL'AUTONOMIA: è presente la cura di Sé e del proprio ambiente? C'è possibilità di organizzare e realizzare azioni finalizzate al soddisfacimento dei propri bisogni e prevedere e valutare possibili situazioni di pericolo?

Nella fase vera e propria di avvio delle attività progettuali, sono stati costituiti gruppi di lavoro sulle *soft skills*, intese come «quelle competenze trasversali slegate da uno specifico *know how* tecnico e correlate alle dimensioni relazionali-organizzative, che si esprimono in qualsiasi ruolo professionale»¹¹, scelte sulla base della situazione di partenza dei partecipanti. Abbiamo scelto di porre la nostra attenzione in particolare su:

- autonomia: la capacità di svolgere i *task* assegnati senza il bisogno di una costante supervisione;
- autostima e fiducia in se stessi: essere consapevoli delle proprie capacità al di là delle opinioni altrui;
- resistenza allo stress e relativo controllo: saper reagire alla pressione lavorativa e mantenere il controllo senza perdere il *focus* sulle priorità lavorative e non trasmettere ad altri ansie e tensioni;
- pianificare e organizzare: identificare obiettivi e priorità, sapere tener conto del tempo a disposizione e organizzare il lavoro delle eventuali risorse a disposizione,
- precisione e attenzione ai dettagli: sapere curare i particolari è spesso la differenza fra un buon lavoratore e uno eccellente;
- tenersi aggiornati: individuare le proprie lacune e le personali aree di miglioramento per acquisire sempre più competenze efficaci, consapevoli dell'importanza di essere proattivi nell'apprendimento;
- lavorare per obiettivi: impegno, capacità, e determinazione per raggiungere gli obiettivi assegnati e andare dove possibile e oltre;
- gestire le informazioni: saper acquisire, organizzare e distribuire dati e conoscenze provenienti da altre fonti e persone;
- intraprendenza: lo spirito di iniziativa e la proattività sono sempre caratteristiche apprezzate e preziose in un contesto lavorativo;
- saper comunicare: saper trasmettere e condividere in modo chiaro e sintetico idee e informazioni con i propri interlocutori, ma anche saper ascoltare ed essere disposti a confrontarsi in modo costruttivo;
- *problem solving*: la capacità di non perdere il controllo davanti un problema inaspettato e avere la lucidità per intervenire e risolvere;

11 V. D'AMATO, D. MAZZARA, E. TOSCA, *Soft skills per il management*, Firenze, 2018.

- *team work*: capacità e disponibilità di lavorare in gruppo;
- empatia: capacità di mettersi nei panni dell'altro, saper riconoscere le proprie e le altrui emozioni;
- flessibilità: adattabilità, disponibilità al cambiamento, ad accettare cose nuove, imparare nuove conoscenze e abilità;
- pensiero critico: capacità di osservare le cose oltre la facciata, vedere e analizzare i problemi in modo critico, non lineare, senza preconcetti e possibilmente trovare soluzioni creative, innovative, efficaci;
- responsabilità: affidabilità, riuscire a portare a termine i compiti che sono stati affidati, mettendo in gioco tutte le proprie risorse e competenze, con disciplina e buon senso.

Sono stati utilizzati elementi di Programmazione Neurolinguistica – PNL e altri esercizi afferenti al campo della psicologia di gruppo, scolastica e sistemica (simulate, sculture, giochi di ruolo, esercitazioni di *problem solving*, esercitazioni per stimolare il pensiero divergente, *circle time*, *co-operative learning*, simulazioni di colloqui di lavoro) idonei a stimolare i partecipanti del gruppo verso nuove acquisizioni, o verso l'incremento di *soft skills* già presenti in ognuno.

Accanto alla pianificazione di ogni attività, un livello emotivo affiora costantemente nei lavori di gruppo, attraverso storie, sguardi di chi ha voglia di ricominciare, occhi di chi ha paura, il dolore, la nostalgia dei figli a casa, pentimenti, angosce, sorrisi di speranza, sorrisi di chi in fondo ha compreso qualcosa in più rispetto al passato o chi invece non può ancora dare nessun senso a ciò che vive¹². Il dispositivo di gruppo ha favorito la condivisione di profonde simbolizzazioni affettive¹³.

Una difficoltà incontrata dagli operatori è stata quella di essere messi al confronto con vissuti potenzialmente destabilizzanti il loro assetto emotivo perché spesso totalmente distanti dalla propria esperienza di vita, il che rendeva più arduo il compito di restituire ai partecipanti, attraverso la comprensione dei loro vissuti, fiducia nelle loro possibilità di cambiamento interiore prima ancora che progettuale.

Il gruppo di riflessione ha l'intento di generare uno spazio di pensiero che permetta alle persone detenute coinvolte di inserire la partecipazione al progetto in una cornice di senso più ampia. L'obiettivo è, infatti, stimolare una riflessione e un confronto sulle proprie motivazioni, sugli obiettivi, su come il percorso si inserisce all'interno della propria storia di vita, ma anche facilitare il funzionamento del gruppo di lavoro sia per la parte teorica

12 R. BODEI, *Le logiche del delirio*, Roma-Bari, 2000.

13 R. CARLI, R.M. PANICIA, *L'analisi della domanda*, Bologna, 2003.

o riflessiva che per quella di lavorazione, sostenendolo nell'individuare le risorse di ciascuno e nell'affrontare i momenti di conflitto¹⁴.

Citeremo un esempio di lavoro sulle *soft skills* che ci potrà aiutare a entrare più nel vivo dei contenuti all'interno della cornice di lavoro.

Nel rispetto del distanziamento sociale previsto dalle norme di contenimento del Covid-19, la conduttrice (psicologa-psicoterapeuta dell'associazione partner Nèfesh Onlus) ha chiesto ai partecipanti di ristrutturare lo spazio, spostando i banchi e formando un cerchio¹⁵ con le sedie, del quale ella stessa faceva parte, poiché tale forma rimanda a una condivisione e a una circolarità dei pensieri e dei vissuti, e restituisce una visione paritaria in cui nessuno è più avanti o più indietro, più in alto o più in basso di altri.

Il lavoro inizia con un incontro di presentazione, in cui i partecipanti hanno avuto l'opportunità di raccontare se stessi come persone e non come detenuti: è emersa, quasi sempre, una difficoltà a staccarsi dalla propria condizione e dalle proprie storie di vita connotate da azioni delinquenziali, parlando di sé in termini di personalità, doti, prospettive, ambizioni.

In due gruppi su tre la conduttrice ha chiesto ad un detenuto particolarmente portato per il disegno (valorizzandone, quindi, una competenza) di raffigurare su un cartellone la sagoma di un essere umano. I partecipanti sono stati poi invitati a elencare gli aspetti che impedivano loro di esprimere pienamente se stessi e di essere visti così come erano, e di riportarli su dei post-it da incollare sulla sagoma. Sono emersi temi quali: il pregiudizio che grava sui detenuti, l'insicurezza, le esperienze di vita e l'influenza di un ambiente, in assenza del quale, sentivano che sarebbero potuti essere diversi e avrebbero potuto esprimere tante altre parti di sé. Sono stati citati anche la società e il mondo circostante da loro considerati come qualcosa che fa perdere che toglie occasioni e impedisce di realizzarsi. Successivamente, la conduttrice ha invitato ciascuno dei partecipanti a descriversi non in base al fatto di essere detenuto, ma in base alle proprie caratteristiche, pregi e difetti, affiggendo anche queste caratteristiche sulla sagoma, con il proposito di non dimenticare mai la presenza di queste parti, di non lasciare che i fattori elencati in precedenza le coprissero del tutto, utilizzando anche la partecipazione al progetto come strumento.

Questa attività ha generato una necessità di confronto sulle possibilità di intraprendere una nuova strada una volta terminata la condizione di

14 W.R. BION, *Esperienze nei gruppi*, Roma, 1983; G. PICCININO, *Il Counseling di gruppo*, Roma, 2019.

15 F. BRANDANI, M. RIZZARDI, *Circle time. Il gruppo nella pratica educativa*, Piano-
ro (Bo), 2005.

detenzione, sull'importanza della volontà personale e sull'inevitabilità del crimine. Appare questo come un contenuto trasversale a tutto il percorso e ampiamente presente nelle vite dei detenuti, nonché come un elemento che può stimolare una riflessione da parte degli operatori che a vario titolo si occupano di persone detenute sul rischio di recidiva notoriamente alto (il XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione ha segnalato che nel 2021 il 62% dei detenuti era già stato in carcere almeno una volta)¹⁶.

Gli incontri successivi sono stati dedicati all'inquadramento del percorso di reinserimento lavorativo all'interno di una cornice di senso unica per ciascuno, perché formata dai propri percorsi di vita e progetti, obiettivi di crescita personale, familiari, sociali e lavorativi. Sono emerse tematiche comuni e piccoli contrasti di vedute, come quelle riguardanti l'attrazione per il guadagno facile e per lo stile di vita che può garantire, e la difficoltà di inserirsi in un mercato del lavoro complesso e ulteriormente aggravato dalla pandemia, con il peso dei pregiudizi nei confronti di chi ha precedenti penali. Il futuro, in ogni caso, sembra spaventare i detenuti che si apprestano a lasciare il carcere o a intraprendere misure alternative alla pena. A ciò si affianca un diffuso sentimento di delega nei confronti dello Stato, percepito come l'unico agente che debba e possa garantire loro un futuro lavorativo ed economico. I detenuti sembrano affidarsi ad esso più che ai propri progetti e capacità, in un vissuto di perenne attesa mista a rabbia e impotenza.

In tutti i gruppi si è creato un clima di apertura e di condivisione, che ha permesso ai partecipanti di ripensare alle proprie storie, trovare risposte attraverso il confronto, attivare riflessioni e progettualità, accedere all'area emotiva. Alcuni hanno riferito di aver avuto l'opportunità di aprirsi e capire qualcosa in più di sé (in particolare due detenuti per reati causati da un disturbo da gioco d'azzardo e da una dipendenza da sostanze, con i quali è stato aperto un momento di riflessione sulle dipendenze e sulle dinamiche psicologiche a esse sottese) e un altro che aveva recentemente vissuto il lutto per la morte del padre, senza poter prendere parte al funerale ha potuto iniziare ad affrontare l'elaborazione del lutto.

3. 3.1 L'intero impianto progettuale è stato monitorato dal gruppo di intervizione a orientamento psicoanalitico. Gli incontri si sono svolti con cadenza quindicinale e sono stati condotti da uno psicologo psicoterapeuta della Fondazione Genere Identità Cultura. L'attività di intervizione ha

16 AA.VV., *XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione, 2021.

fornito un sistema di supporto per lo staff e ha messo in atto una pratica di lavoro di gruppo, a cavallo tra il compito formativo e quello consulenziale, che ha avuto come destinatario tutta l'équipe "curante", intesa come gruppo di lavoro eterogeneo sia dal punto di vista professionale che culturale¹⁷.

Il gruppo di intervizione, all'interno delle istituzioni, risulta agire quale temporaneo contenitore pensante, supplente di un contenitore istituzionale negativo, perché non in grado di svolgere l'attività di contenimento (o danneggiato, difettoso, debole, incoerente, ecc.) e, di conseguenza, può aiutare a recuperare la capacità di pensare.

Fin dagli incontri iniziali di intervizione la realtà rivelata dagli operatori è stata che il progetto era in un preoccupante stato di precarietà traumatica, di estrema dipendenza e attacco alla funzione di pensiero e molto probabilmente non adeguato per rispondere alle esigenze dei suoi utenti. Nel primo incontro di intervizione emerse questa situazione con una certa chiarezza:

Il gruppo si è aperto con una riflessione sulle assenze e le attese, accompagnata da lunghi silenzi. [...] le assenze che pesano, la difficoltà di confrontarsi con il sistema carcerario, la frequenza dilatata con cui le psicologhe dell'équipe incontrano i detenuti durante i gruppi di riflessione e durante le attività di *soft skills* e la necessità, per le psicologhe, di confrontarsi con docenti e tutor d'aula di HCCP e lavorazione dei taralli per conoscerli meglio.¹⁸

Emergevano, inoltre, criticità legate alla comunicazione sempre molto difficile con i rappresentanti dell'istituzione penitenziaria (con difficoltà a far partecipare alle attività formative i detenuti selezionati, a far entrare nel carcere materie prime per la lavorazione e materiale per i gruppi psicologici e di formazione, a definire una calendarizzazione degli incontri). Ma il gruppo di intervizione ha rilevato altresì una rete esistente di connessioni mentali, punto di partenza per offrire una prima forma di contenimento allo stato di trauma in cui si trovava il progetto, e per aiutare gli operatori ad acquisire consapevolezza del livello della propria responsabilità in quella data situazione, essenziale per il raggiungimento di una maturità psichica, tanto individuale quanto gruppal:

Sulla scia dell'incontro precedente, il gruppo torna sulle assenze e le attese [...] Un clima che, come suggerisce il conduttore del gruppo di intervizione, rispecchia forse ciò che sta accadendo in generale nel progetto e nelle atti-

17 G. FORESTI, F. FUBINI, M. PERINI., *Supervisione e consulenza psicoanalitiche: promuovere il contenimento e il sostegno nelle istituzioni*, in *Funzione Gamma*, 2011, n. 27.

18 Stralcio dalle note di intervizione.

vità con i detenuti. Arriva Carlo, trafelato, di ritorno dal carcere, e ci mostra un tarallo appena sfornato, lo assapora e ci dice soddisfatto che è ottimo. È frutto della creazione di un detenuto, il tarallo agrodolce: concordiamo sul fatto che sia una perfetta metafora di ciò che sta accadendo in “Fortunato”, del miscuglio di soddisfazioni, piccole gioie ma anche di qualche amarezza e difficoltà.¹⁹

L'équipe era di fronte a un paradosso: l'istituzione ‘poco curante’ contro cui scagliarsi esisteva, soprattutto nella forma di scarsa comunicazione interna – dai più dell'équipe giudicata vero ostacolo allo svolgimento adeguato del lavoro – eppure esisteva anche la necessità di essere consapevoli del livello della propria responsabilità in quella data situazione, essenziale per il raggiungimento di una maturità psichica, tanto individuale quanto grupale. Attraverso il lavoro di intervizione l'équipe è stata in grado di dar voce a quello che effettivamente stava succedendo, sviluppare la propria capacità di pensare e di costruire un contenitore che in un secondo tempo è stato proiettato sull'istituzione facendo sì che diventasse un contenitore istituzionale:

Le psicologhe del progetto riferiscono la difficoltà a far “stare”, sostare, riflettere i detenuti, proponendo loro spazi meno concreti di quelli cui sono abituati [...] in linea con ciò, discutiamo della possibilità di confrontarci nuovamente con la struttura penitenziaria per chiedere di cambiare le modalità degli incontri: rendendoli più frequenti ma di minore durata poiché quattro ore consecutive appaiono difficili da sostenere sia per l'équipe che per i detenuti.²⁰

Il progetto inizialmente sembrava oscillare tra un paralizzante assunto di base di dipendenza e l'assunto di base individualismo²¹, dove ciascuno si comportava come se non ci fosse alcun gruppo, né struttura di riferimento. Ciascuno era un singolo all'interno di un gruppo, senza però riuscire a percepirsi come membro del gruppo. In tal senso, l'équipe di lavoro, sembrava inizialmente colludere completamente con il modello panoptico di Foucault²², descritto proprio in riferimento alle strutture carcerarie: si tratta di una costruzione ad anello divisa in celle separate fra loro da un muro e

19 Stralcio dalle note di intervizione.

20 Stralcio dalle note di intervizione.

21 L'assunto di base Me-ness avviene quando delle persone – in un tempo e in uno spazio con un compito primario, che è quello di incontrarsi e operare in gruppo – lavorano tacitamente come se il gruppo dovesse essere un non-gruppo (Bain, Gould and Lawrence, 1966).

22 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.

dotate ciascuna di due finestre, una che dà verso l'esterno e che permette alla luce di attraversarla, l'altra rivolta verso il centro dell'edificio, dove si trova una torre di controllo tagliata da grandi finestre. È sufficiente un solo guardiano per tenere sotto sorveglianza ogni occupante delle singole celle, dato che la luce gli permette di controllarle una ad una. Chi è rinchiuso, invece, è messo in condizione di non vedere né il sorvegliante, né gli altri detenuti. Il Panoptico, isolando i prigionieri gli uni dagli altri, ne fa «oggetto di informazione» che non può mai trasformarsi in «soggetto di comunicazione»²³. Inoltre, il fatto che il guardiano sia invisibile e che ciascuno si senta continuamente sottoposto a uno stato di potenziale sorveglianza esita in un controllo permanente, automatico, anonimo e deindividualizzato.

L'assunto di base di individualismo – nel quale tacitamente si lavora come se il gruppo dovesse essere un non-gruppo – e il Panopticon – la struttura di controllo che isola i soggetti occludendo ogni possibilità trasformativa – caratterizzavano l'équipe, inducendo una difficoltà di integrazione e attivando un sottofondo continuo di incredulità e sospetto nei confronti dell'altro, facendo sì che ciascun componente dell'équipe si percepisse come destinato a vivere nell'ombra, emarginato, isolato e confinato.

A distanza di due mesi dall'inizio dell'intervisione, l'équipe ha ripreso a funzionare e a erogare un servizio adeguato agli utenti, ristabilendo il senso della propria competenza professionale:

Si valuta l'idea di creare un incontro tra tutti gli operatori impegnati nel lavoro nel carcere e i detenuti così da poter realizzare un incontro congiunto dal vivo, mai verificatosi prima anche a causa della pandemia. [...] Carlo racconta un episodio accaduto in carcere: il detenuto D. durante la lezione lamenta in modo violento il fatto che la psicologa con la quale aveva svolto l'incontro precedente aveva minacciato di denunciare alle guardie la sua situazione di "bronchite" chiedendo, per il timore di un eventuale contagio da Coronavirus, che fosse sottoposto a un tampone. Si prova a spiegare al detenuto che l'intervento era a fin di bene e non volto a isolarlo o punirlo ma D. reagisce violentemente continuando a non indossare la mascherina e avvicinandosi ancora di più agli altri detenuti malgrado la tosse. Ci si consulta nei giorni successivi e si decide di non allontanare il detenuto dal corso. Il gruppo riflette sul fatto che le vicende nella casa circondariale vengono vissute in modo completamente diverso e per D. l'isolamento successivo all'eventuale positività al Covid sarebbe potuta essere un'esperienza veramente drammatica, ad un livello per noi esterni inimmaginabile. Il gruppo sembra poter avvicinarsi a una dimensione di comprensione dell'esperienza carceraria e sottolinea che è stato importante

23 M. FOUCAULT, *op. cit.*, 278.

non denunciarlo perché sarebbe stato come rispondere a violenza con violenza. Il gruppo sottolinea che è stato importante decidere insieme su quale atteggiamento e decisione assumere, [...] in quanto c'è stato un lavoro di staff.²⁴

Il gruppo di intervizione, con l'autorità di una *followership* 'pensante', sembra pertanto poter gestire se stesso quale contenitore, anche quando la funzione contenitrice dell'istituzione e della leadership che la rappresenta sia temporaneamente danneggiata.

3.2 Verrà presentato ora un focus specifico sull'esperienza con i detenuti gay e transgender nell'ambito del progetto Fortunato. Saranno delineati alcuni nodi tematici significativi, nella rappresentanza delle persone gay e transgender destinataria dell'intervento, che possano fornire una necessaria dimensione alla pensabilità di queste esperienze.

Il cosiddetto «padiglione omosex» è un reparto in cui, per disposizioni della struttura atte a contenere e prevenire forme di discriminazione e violenza, vengono inserite le persone omosessuali. Molte di loro, in realtà, sono persone transgender/gender diverse (uomini biologici che si identificano con l'identità di genere femminile), la maggior parte dei quali in attesa di intraprendere il percorso di transizione AMAB (persona assegnata alla nascita al genere maschile). Chi lo ha già iniziato, invece, viene collocato nel Padiglione Roma, in cui sono detenute donne transgender che all'anagrafe risultano ancora maschi. Pur essendo emerso, almeno per ciò che concerne il personale addetto alle aule professionali, un rapporto di rispetto tra i dipendenti della Casa Circondariale e questi detenuti e detenute²⁵, la divisione in padiglioni così descritta (prevista dalla legislazione in materia sulle cosiddette sezioni protette) appare, più che come una prevenzione di forme di omofobia e transfobia, come una discriminazione nella discriminazione: luoghi in cui la varietà dell'espressione dell'identità di genere non appare rispettata, bensì catalogata in maniera rigida²⁶.

All'interno di questo reparto, quasi tutti i detenuti hanno intrapreso relazioni sentimentali, tanto da formare una vera e propria famiglia che, a confronto con i partecipanti dei gruppi provenienti da altri padiglioni, appare come un fattore di protezione che mitiga i vissuti di sconforto e tristezza. Essa sembra riprodurre, però, una società maschilista pa-

24 Stralcio dalle note di intervizione.

25 Decliniamo il genere nel rispetto del modo di percepirsi dei soggetti direttamente coinvolti.

26 Rossi, *I diritti LGBT+ in carcere*, in AA.Vv., *XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, cit.

triarcale, con detenuti omosessuali che interpretano la parte del partner padrone etero e persone transgender che si calano pienamente nel ruolo della donna sottomessa a un uomo. Non mancano, però, le narrazioni sui momenti di tenerezza delle coppie e sui loro progetti futuri, come unirsi civilmente o intraprendere insieme un'attività lavorativa una volta espiata la pena²⁷.

Il clima familiare del «padiglione omosex» ha influenzato il gruppo di lavoro del progetto, attraverso forme di collaborazione e di conflitto più intense di quelle degli altri gruppi. Era inoltre presente una particolare esuberanza e socievolezza con cui alcuni provavano a contrastare il dolore della detenzione, e a includere anche gli operatori di progetto nella grande famiglia, in una richiesta di cura e attenzione che ha reso necessario riformulare la programmazione del lavoro.

Nel gruppo di intervizione, tuttavia, grazie al confronto possibile tra i vari componenti dell'equipe di lavoro, al giubilo comunitario carcerario, si accosta l'immagine della drammaticità individuale:

Le storie di tutti i detenuti, sostiene la psicologa che si occupa degli incontri individuali, sono tutte molto dure e ci racconta di “sentire” molto questo gruppo e tutte le sue ferite. La spaccatura interna è molto forte: spesso il reato che li ha portati in carcere è in qualche modo legato alla necessità di trovare il denaro utile ad intraprendere il percorso di affermazione di genere. Riferisce, ad esempio, il racconto dei reati di truffa commessi da una detenuta²⁸ al fine di raccogliere il denaro necessario per sottoporsi a un intervento chirurgico. Il conduttore del gruppo di intervizione è molto colpito dalla discrepanza tra l'euforia, descritta dalla psicologa, con cui la detenuta racconta tale episodi nel gruppo e tutta la drammaticità rilevata dai colloqui singoli e ci invita a riflettere al riguardo.²⁹

La contrapposizione di queste due immagini speculari sembra aprire però uno spazio di pensabilità attraverso il quale emerge la profonda sofferenza che si nasconde dietro la giubilante teatralizzazione:

Interviene il coordinatore di progetto che ha partecipato al primo incontro di presentazione al padiglione omosex, ricorda l'impressione che ha avuto di fronte alla teatralizzazione di alcune detenute, quasi come se fosse una modalità necessaria al fine di stemperare la sofferenza. Interviene subito dopo il for-

27 S. MONTAGANO, A. PAZZAGLI, *Il genogramma. Teatro di alchimie familiari*, Milano, 1989.

28 Nelle vignette cliniche decliniamo il genere nel rispetto del modo di percepirsi dei soggetti direttamente coinvolti.

29 Stralcio dalle note di intervizione.

matore HACCP dicendo che dove c'è sofferenza esiste il dissimulare in chiave comica per sostenere un dolore sovente troppo grande da vivere. [...] Interviene il tutor d'aula, ha l'impressione che c'è una forza energetica che spinge queste persone ad entrare ed uscire dal carcere. L. ad esempio è una persona che dentro il carcere ha un'identità molto forte che riesce ad esprimere all'interno dell'istituzione carceraria e non fuori dove si sente persa.³⁰

Quello che sembra emerge dalle riflessioni del gruppo di lavoro è un'immagine antitetica nella quale le detenute e i detenuti del padiglione omosessuale da un lato sembrano fare riferimento ad un *extra moenia* in cui sono persi e soli, senza un posto nel mondo, un ruolo e un'identità sociale, una comunità di riferimento, dall'altro riferiscono di un *intramoenia* nel quale trovano una comunità di simili pronta ad accoglierli e con i quali fare famiglia. Senza ovviamente negare la fattualità dell'esclusione alla quale le persone LGBT+ sono sovente esposte, quello che il gruppo sembra suggerire è la rottura del piano dialogico del «doppio binario». Grotstein³¹ descrive l'identificazione primaria come una presenza di fondo dalla quale emergiamo, che garantisce un senso di conforto nell'avvertire la presenza di qualcuno che ci sostiene nei nostri sforzi per affrontare il mondo. La presenza di fondo dell'identificazione primaria è un ambiente di sicurezza come l'ambiente sufficientemente buono di Winnicottiana memoria. L'autore, con il teorema del «doppio binario», parla dell'esistenza di due binari, appunto, che coesistono dal principio uno accanto all'altro: uno di fusione l'altro di separazione. Questi stati mentali della mente, presenti in contemporanea come su un doppio binario, animano il conflitto tra separazione e individuazione. Fusione-separazione, attività-passività, si configurano quindi come polarità non in rapporto antitetico ma piuttosto in una relazione di interscambio. È allora la rottura di questo rapporto dialogico ad essere problematica. Se il bambino, nel procedere del suo incontro con il mondo, ha bisogno, di trovare sintonia e di sperimentare una stabilità che renda il mondo prevedibile, ha però anche altrettanto bisogno di sperimentare l'inaspettato, di fare esperienza dell'altro, di fare esperienza di una attiva intenzionalità dell'altro che non coincide con la propria. Come ci fanno notare Ambrosiano e Gaburri³², l'elemento che rompe l'attrazione verso l'eden indifferenziato e apre alla

30 Stralcio dalle note di intervistazione

31 J.S. GROTSSTEIN, *Chi è il sognatore che sogna il sogno? Uno studio sulle presenze psichiche*, Roma, 2004.

32 L. AMBROSIANO, E. GABURRI, *La spinta a esistere. Note cliniche sulla sessualità oggi*, Roma, 2008.

curiosità verso il mondo e verso l'altro «è una madre che non offre il seno, il cui prototipo è il padre»³³, e più avanti aggiungono:

Quando la funzione paterna non circola nell'ambiente primario la polarità attività/passività perde la sua valenza dialettica per diventare una antitesi senza soluzione. Allora il bisogno di attività e intenzionalità si degrada in ricerca di controllo sull'oggetto e dipendenza si degrada in resa sottomessa sotto la spinta suadente dell'identificazione primaria.³⁴

Riattivata la relazione di interscambio tra fusione e separazione all'interno del gruppo di intervizione, sembra così potersi aprire uno spazio di pensiero circa le difficoltà e le assenze che nel corso dell'intervento si sono presentate anche in questo gruppo, sebbene non più relegate nell'incapacità a pensare dello sbrindellato contenitore istituzionale:

Il formatore HCCP interviene sulla motivazione delle assenze che, secondo lui, riguardano il fatto che i detenuti, nelle condizioni psicologiche e situazionali in cui si trovano sono portati a scegliere qualcosa che arriva nell'immediato come, ad esempio, le offerte lavorative proposte all'interno dell'istituzione carceraria e quindi i soldi, piuttosto che investire su una possibilità formativa che porta solo potenzialmente i suoi frutti in futuro, senza garanzia. [...] Il coordinatore di progetto e il coordinatore dei rapporti con l'istituzione carceraria riflettono circa il fatto che tutte le attività proposte nella Casa Circondariale nell'ambito del Progetto Fortunato, propongono in fondo un cambiamento che vuole agire rispetto al tema della rinuncia del godimento immediato, pertanto non ci dobbiamo sorprendere se non riusciamo a rispondere su questo aspetto poiché la nostra proposta è differente e non si muove sul registro del tutto e subito. [...] Il conduttore del gruppo di intervizione si chiede e ci chiede se piuttosto che parlare del tutto e subito si possa parlare di scoraggiamento, anche del nostro scoraggiamento. [...] ci aspettavamo qualcosa di diverso. Cosa? [...] non bisogna idealizzare. [...] I detenuti sono pieni di buchi, come noi, ma loro non lo sanno che in fondo siamo per certi aspetti come loro.³⁵

La nascita di un pensiero nuovo nell'equipe di progetto sembra così fare da cassa di risonanza dei prossimi movimenti che si osserveranno nel corso del progetto:

Lavoro di cooperazione, spirito di iniziativa, profumi di focolare domestico, questi gli ingredienti che introducono e accompagnano l'inizio di una mattina-

33 L. AMBROSIANO, E. GABURRI, *op. cit.*, 63.

34 L. AMBROSIANO, E. GABURRI, *op. cit.*, 64.

35 Stralcio dalle note di intervizione.

ta di lavoro che portano a nuove sperimentazioni di ricette per la produzione del tarallo salato e del tarallo dolce. Il lavoro odierno è un'attività che coinvolge mani esperte, menti pensanti, passioni comuni volte all'apprendimento cooperativo. I nostri docenti incontrano i corsisti attorno al tavolo di lavoro e svolgono un'attività multidisciplinare dove le regole dell'HACCP sostenute dal docente del partner Humans si legano ad un confronto partecipativo della psicologa del partner Nefesh che sperimenta un lavoro sulle *soft skills* di tipo dinamico. [...] Il tavolo da lavoro diventa anche scenario di ricordi. S. e M. ricordano le loro esperienze casalinghe durante la preparazione delle pizze fatte in casa, da piccoli, quando gli eventi che li avrebbero portati a delinquere erano ancora lontani.³⁶

Il gruppo di detenuti gay e transgender coinvolti nel progetto Fortunato sembra, attraverso il lavoro basato sull'apprendere dall'esperienza, poter scardinare l'antitesi intramoenia/extramoenia, fusione/separazione e accedere a una dimensione dialogica che consente l'accesso a ricordi anche extramoenia, nei quali è stata fatta esperienza del conforto nell'avvertire la presenza di qualcuno che li ha sostenuti negli sforzi per affrontare il mondo. In tal senso, si interpreta anche il movimento spontaneo di un detenuto che, nonostante la fuoriuscita prematura dal progetto Fortunato a causa della pena alternativa con gli arresti domiciliari, ha cercato, trovato l'associazione Antinoo Arcigay Napoli alla quale si è rivolto per chiedere supporto nel progetto di vita futuro. Il progetto Fortunato sembra pertanto aver aperto degli spazi di riflessione e di mentalizzazione a partire dai quali sono sorti desideri di ricerca e progettazione di modalità riparative e di ricerca di nuovi pattern relazionali e comportamentali.

36 Stralcio del resoconto della attività gruppalì.

CARMELA FERRARA, CONCETTA SORRENTINO
IL CARCERE E IL MIO CORPO: DUE PRIGIONI
Etnografia della detenzione trans

SOMMARIO: 1. Orizzonti teorici e approcci metodologici. 2. Il dado è tratto. 3. Si stava meglio quando si stava peggio. 4. *Pigliate na pastiglia*. Sulla salute *trans* in carcere. 5. *Memento homo*. 6. L'essere gruppo omogeneo. 7. Modalità di adattamento al contesto: caratteristiche soggettive. 8. Limiti dello studio e indicazioni per nuove traiettorie di ricerca.

La sezione *trans* del carcere di Poggioreale era¹ ubicata nel Padiglione Roma, separata dal resto della popolazione carceraria per motivi di sicurezza. In essa sono recluse le donne che all'anagrafe risultano maschi e i *sex offenders*. Tra i piani vi è una rete metallica, che consente scambi di sguardi ed epistole *aumm aumm*². Le interazioni e gli scambi amorosi si concretano inoltre nei corridoi e al passeggio. Per accedere in qualità di volontari è necessaria un'autorizzazione, un documento di identità e un passaggio attraverso il *metal detector*. Non v'è possibilità di registrare, pertanto è indispensabile un orologio da polso per tener traccia del tempo e un taccuino su cui appuntare le richieste e le note di campo. Il nostro accesso al campo è avvenuto da luglio 2021 a novembre 2022 con cadenza settimanale, per circa otto ore al mese, ad eccezione dei periodi in cui vi era un netto incremento dei contagi da *covid-19* e dunque venivano sospese le visite dall'esterno. Il numero di detenute si è attestato tra le 5 e le 10, inizialmente con una prevalenza di donne italiane provenienti da varie regioni del meridione, per poi registrare un numero maggiore di detenute straniere, originarie principalmente del Brasile. Il nostro arrivo in sezione è stato accolto con giovialità e gratitudine, poiché le donne sentivano la mancanza di confronto con persone appartenenti alla comunità LGBTIQ e alleate. L'ingresso è avvenuto nell'ambito del protocollo di intesa tra

-
- 1 Parliamo al passato, in quanto dal 2023 le detenute transgender sono state trasferite dalla casa circondariale di Poggioreale a quella di Secondigliano.
 - 2 Anafora, che in lingua napoletana significa fare qualcosa sottobanco, di soppiatto, clandestinamente.

l'associazione Antinoo Arcigay Napoli, la Sauna Blu Angels e la Casa Circondariale di Poggioreale.

Il progetto, realizzato a titolo volontario, è intitolato «Al di là del muro» e prevede incontri con la popolazione carceraria della sezione *transgender* del Padiglione Roma e con la popolazione omosessuale e bisessuale del Padiglione Salerno. Nel corso degli incontri si realizzano discussioni di gruppo, colloqui individuali su richiesta, *cineforum*, *workshop*. Il protocollo prevede anche formazione al personale penitenziario su questioni legate all'identità di genere e alla salute sessuale.

La ricerca presentata in questo capitolo è stata dunque interamente realizzata nella cornice di Al di là del muro, ad opera di una sociologa e di una psicoterapeuta. L'osservazione partecipante svolta nel corso dell'anno, pur essendo scoperta, ha registrato, da parte delle detenute, una graduale fiducia verso di noi, fino a portarle a dimenticare il nostro ruolo di ricercatrici. Il posizionamento a cavallo tra l'essere volontarie e studiose ha richiesto la necessità di costruire un consenso rinnovato sistematicamente e la ripetizione degli obiettivi conoscitivi, soprattutto a ogni nuovo ingresso in sezione. Gli equilibri precari dovuti alla convivenza forzata sono stati di volta in volta smontati e ricreati con l'arrivo di nuove compagne, ridefinendo l'ago della bilancia, la divisione in celle e le pratiche di condivisione delle risorse (come tabacco, cibo e gas). La variabile nazionalità è apparsa come quella maggiormente impattante nella definizione di sottogruppi, reciprocità e conflittualità. Il gruppo osservato lungo tutto il tempo dell'etnografia è composto di quattro donne, di cui tre reclusi da prima del nostro arrivo e una giunta dopo qualche settimana. L'arrivo di quest'ultima ha riconfigurato la geografia della sezione e oltre, per una conoscenza pregressa con una compagna connazionale e per il reiterato invio in isolamento a seguito di atti di protesta e richiesta di aiuto, come il dar fuoco alla cella, l'ingerire lamette e inveire contro assistenti e agenti. In questo modo alla pena da scontare per i reati commessi fuori, si sommano i reati commessi all'interno del carcere, che portano a un progressivo allontanamento della scarcerazione. I reati per cui le donne del Roma sono reclusi sono spaccio di droga, favoreggiamento della prostituzione, truffa, danneggiamento. Il lavoro sessuale, nella maggior parte dei casi si configura quale unica possibilità occupazionale a causa delle discriminazioni intersezionali ai danni delle donne *transgender* nel mercato del lavoro italiano. Il *sex work* è vissuto come una professione scelta per condurre una vita agiata da alcune, mentre da altre come una non scelta. Antonietta – nome di fantasia, come tutti i nomi che verranno impiegati nel racconto etnografico – racconta più o meno testualmente:

Quando ero ragazzo facevo il cameriere, ma ero molto effeminato. Alcune donne trans della zona mi videro e iniziarono a farmi travestire. E come travestita mi iniziai a prostituire. E poi mi sono ritrovata trans non so nemmeno io come. E se non facevo la vita, che putevo fa?

[note di campo, luglio 2022]

Il lavoro sessuale è stato un argomento ricorrente nel corso degli incontri di gruppo, al punto da averci dedicato spontaneamente più incontri tematici. Per Antonietta il lavoro sessuale da *transgender* si è rivelato maggiormente redditizio rispetto al farlo da uomo omosessuale.

Gli incontri generalmente sono stati svolti in maniera libera, a partire dalla condivisione dei fatti accaduti nel corso della settimana trascorsa e del loro stato d'animo. Il tempo, ha affermato Annina – giovane napoletana uscita dopo qualche mese dal nostro arrivo – *addà passà*.

Qua dentro il tempo è molto dilatato, non passa mai, allora in un modo o nell'altro ammà sbarià³. Ho cominciato a scrivermi con un ragazzo che vedo al passeggio. Manco mi piace tanto, ma quelle lettere mi fanno provare qualche emozione e mi fanno distrarre. Tanto poi quando esco a chi vò? Non gli scriverò più, perché poi una volta ai domiciliari devo pensare a riprendermi. [...] Per me il carcere è stata una cosa positiva; fuori il mio fidanzato mi costringeva a fare le truffe alle vecchie e a trasportare la droga, quando io non ho mai fatto nemmeno una tirata di coca. E se mi rifiutavo mi abboffava di mazzate e mi umiliava. Qua sono rinata, ma mo mi sono scocciata. Quando esco devo cercare di pensare a me.

[note di campo, aprile 2022]

Annina è l'unica a non aver mai svolto lavoro sessuale e ne parla con estrema timidezza. È la più piccola del gruppo e ascolta le altre confrontarsi sul tema. Racconta di sentirsi fortunata per non essersi dovuta prostituire, grazie al supporto economico da parte di suo padre, il quale le mandava anche tante cose dentro, che lei condivideva con piacere con le compagne di sezione.

Babbuccio mi manda un sacco di cose e a me mi piace spartirle con le altre, che, a differenza mia, non tengono niente. Che me n'aggia fa 'e tutte 'sti ccose soltanto io?

[note di campo, aprile 2022]

Ad aprile 2022 Antonietta e Annina sono le uniche italiane della sezione, hanno una trentina di anni di differenza e sono in cella insieme. Erano

3 Distrarsi, svagarsi.

in tre fino all'arrivo di Brenda, la quale, da circa dieci anni era amica di Fernanda. Entrambe brasiliane si sono conosciute fuori e hanno viaggiato insieme per lavoro. Il lavoro sessuale per Antonietta negli anni è cambiato. All'inizio racconta – *facevo una vita quasi di lusso, però avevo il vizio della droga e mi sono mangiata tutto*. Racconta che, nonostante la dipendenza da sostanze stupefacenti, riusciva a gestire il denaro, quantomeno per mettere da parte i soldi per l'affitto e l'acquisto di beni di prima necessità. Nella discussione sul tema *sex work* Fernanda si limita ad annuire mentre le altre raccontano situazioni aneddotiche. Brenda riporta di essere stata una *escort* di lusso, racconta di profumati pagamenti per accompagnare uomini a cene galanti e di una relazione intrattenuta con un *ex* cliente, del quale si era innamorata e dal quale si faceva mantenere, ma che le aveva nascosto di essere sposato. La scoperta dell'esistenza di una moglie l'ha condotta in carcere, poiché la sua reazione è stata distruggere lo stabile nel quale l'uomo svolgeva la libera professione, distruggendo vetrate, esterni ed interni. Aida, invece, sul tema ha generosamente condiviso finanche i più specifici dettagli delle prestazioni sessuali.

Una volta un cliente voleva fare una gang bang e mi chiese di trovare altre persone, o uomini o trans. Io trovai 4 uomini e 2 amiche mie trans. Lui ci disse che dovevamo sc*parcelo tutto, ma alla fine stava talmente fatto che ci ha pagato tantissimo e io non ho dovuto nemmeno fare niente.

[note di campo, giugno 2022]

Se per Antonietta il *sex work* era ed è una condanna, per Aida è una scelta felice e per Brenda una professione di cui va fiera, poiché la pone nella posizione di poter scegliere, definire le condizioni e frequentare ambienti di alto rango.

1. In quanto persone *trans*, le partecipanti a questo studio sono identificate dalla letteratura scientifica sociale quali devianti, poiché il loro posizionamento di genere collide e disattende le aspettative cisnormative della cultura dominante etero-patriarcale. Per la loro condizione di marginalizzazione esperiscono sistematica esclusione dal mercato del lavoro e fin dall'infanzia risultano essere ad alto rischio di abbandono scolastico a causa del bullismo transfobico. La loro esperienza va analizzata in una prospettiva intersezionale (Crenshaw, 1989), poiché in tutti i casi che compongono il gruppo di analisi dello studio qui presentato, l'identità *transgender* e l'oppressione esperita a causa di essa, si interseca con altre caratteristiche individuali, quali la classe, il contesto familiare di provenienza, l'etnia, la

nazionalità, la religione, lo stato di salute psico-fisica. Le autrici adottano una prospettiva interazionista, intendendo la devianza quale fenomeno costruito socialmente e ritengono insussistente l'esistenza di condotte intrinsecamente devianti. Lo studio ha come orizzonte teorico la teoria dell'etichettamento, la quale afferma che i processi di etichettamento di alcuni soggetti quali devianti riproducono le strutture di potere della società. Di fatti è la componente borghese, bianca, maschile ed eterosessuale a stabilire i criteri di definizione della devianza.

L'etichettamento condiziona anche la percezione che i soggetti etichettati come devianti hanno di sé e non solo il modo in cui questi vengono visti dagli altri. L'approccio adottato per tutta la ricerca di campo prende le mosse dall'etnometodologia di Zimmerman e Pollner (1970) proponendosi, attraverso pratiche costanti di riflessività, di non dare per scontati criteri di osservazione né presupposti teorici. Da un punto di vista prettamente metodologico, lo studio affianca alla tradizionale osservazione partecipante, metodi partecipativi e creativi, avendo come prospettiva quella dell'*emancipatory research*, ossia la costruzione di conoscenza scientifica per il beneficio di soggetti marginalizzati. Il design dell'intero processo è stato partecipativo; palesato dopo i primi incontri il nostro posizionamento di scienziate sociali, abbiamo co-definito un comune obiettivo conoscitivo da divulgare, identificato nel racconto [etnografico] della loro esperienza carceraria in quanto donne transgender, nonché abbiamo aperto la nostra cassetta degli attrezzi di ricercatrici e selezionato le tecniche ritenute più opportune per rispondere alla domanda di ricerca. Abbiamo discusso del ruolo del taccuino, nel quale abbiamo riportato note di campo e appuntato informazioni sui nostri incontri al fine di poter realizzare questo capitolo e portare avanti le discussioni di gruppo in maniera lineare. Si è convenuto che le discussioni di gruppo fossero lo strumento più idoneo sia al processo conoscitivo che al percorso di ascolto, affiancati, su richiesta da colloqui individuali. Malgrado l'assenza di dimestichezza con il disegno da parte delle partecipanti, si è convenuto che in alcuni momenti le raffigurazioni grafiche potessero agevolare la riflessione [e la mentalizzazione].

2. Un giorno di primavera, entrate in sezione per il consueto incontro settimanale, percepiamo un clima di tensione. Antonietta era arrabbiata perché aveva prestato un dado a Thais e non glielo aveva restituito. Per almeno dieci minuti si è parlato solo del dado da cucina, di quanto fosse un salvacena, ottimo per esaltare i sapori delle pietanze, ma anche da solo con la pastina. Dopo aver monopolizzato la discussione, il cubetto ricoperto di

carta d'alluminio è passato in secondo piano ed abbiamo iniziato a discutere del vero problema: la difficoltà di Antonietta nel dire di no. Abbiamo orientato la discussione sul tema dei confini e, ricorrendo a metodi creativi, abbiamo proposto l'attività che avevamo pianificato per la settimana, ossia rappresentare graficamente i luoghi che abitano, a partire dal loro corpo, passando per la loro casa e arrivando alla situazione attuale, quella della struttura carceraria.

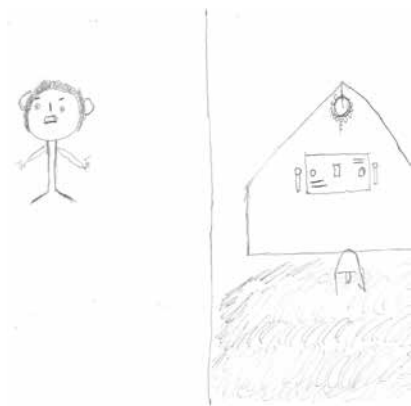


figura 1. disegno di figura umana e casa eseguito da Antonietta

Il disegno della figura umana è molto semplice e con pochi particolari, un omino testone che pian piano si assottiglia e diventa sempre più scarno fino ad arrivare ad un tronco aperto, con piedi che sembrano essere senza base di appoggio. Una figura umana che fa ipotizzare uno scarso sviluppo psicoemotivo adeguato ad una persona adulta. L'abitazione raffigurata da Antonietta si presenta senza pareti visibili, come se i muri della casa fossero trasparenti, pertanto dall'esterno è possibile vedere gli interni composti da una tavola apparecchiata, due sedie e una luce. Avere una casa in cui tutti possono guardare dentro denota la percezione del proprio spazio personale e dei propri confini, inesistenti, tutti possono guardare dentro. La luce al soffitto abbastanza grande sembrerebbe essere l'unico elemento di calore. Nel corso della sessione imbastita estemporaneamente per affrontare il tema dei confini abbiamo facilitato la comunicazione tra Antonietta e Thais, partendo dal pretesto del dado vegetale, per favorire l'autopreservazione e il contenimento

in una istituzione totale (Goffman, 1961) nella quale le persone recluse vengono istituzionalizzate, allontanate ed escluse dal resto della società, costrette alla reclusione e ad espletare bisogni e funzioni nella struttura, senza riservatezza.



Figura 2: disegno di casa e carcere a opera di Brenda

Brenda, nel corso della sessione raffigura la casa come una fortezza, con un cancello protetto da torri. Uno spazio personale che, evidentemente, sente il bisogno di proteggere con confini molto massicci e duri; ciò denota la percezione dell'alto grado di difesa psicofisica dall'ambiente esterno. Il carcere, invece, lo raffigura attraverso una metafora. Disegna una farfalla (fragile nella sua struttura) rinchiusa in un barattolo trasparente, a sua volta rinchiuso in un altro barattolo più grande. *Il carcere e il mio corpo due prigionieri!* – scrive, quasi come se la condizione carceraria fosse l'amplificazione di una condizione 'carceraria' preesistente.

La detenzione in una casa circondariale maschile per una donna *transgender* significa anche essere perquisite nude da agenti penitenziari uomini ed essere esposte a violenza machista e transfobica ogni giorno, mista, in alcuni casi, anche all'essere in maniera ambivalente oggetto di desiderio. Allo stesso tempo la reclusione in un carcere maschile consente anche la comunicazione con gli altri detenuti e sovente la nascita di relazio-

ni amorose all'interno della struttura. A differenza del padiglione Salerno, però, dove sono reclusi gli uomini omosessuali e bisessuali – ma anche donne *trans* non medicalizzate, le donne del Roma non hanno la possibilità di stare in intimità con eventuali compagni di altre sezioni. Nel padiglione Salerno sono recluse non solo donne transgender non medicalizzate, ma anche quelle fidanzate con detenuti che si dichiarano *msm*, vale a dire maschi che fanno sesso con altri maschi. Talvolta i partner delle donne *trans* dicono loro di stare al Roma, in modo da non poter avere relazioni con altri uomini, poiché nella sezione *trans* sono recluse soltanto donne. L'ubicazione all'interno della casa circondariale si determina dunque anche sulla base della norma cis-eterosessuale e monogama, che prevede la fedeltà e la devozione della donna all'uomo.



Figura 3: *puzzle raffigurante l'amore tra Aida e il suo compagno, recluso nella sezione sex offenders*

3. Per molte delle donne *trans* recluse quella non era la prima volta dentro. Nella maggior parte dei casi, però, si trattava di brevi permanenze o di trasferimenti da altre carceri. In un colloquio informale con alcune persone che lavorano nella struttura ci è stato detto *A Poggioreale le mandano quando non le sopportano più*. Brenda e Thais ad esempio venivano da Rebibbia, Thais era stata prima al Regina Coeli, mentre Brenda era stata a Como, Ivrea, San Vittore e in Emilia. Antonietta, invece, era stata a Poggioreale 7 anni prima e ciclicamente esclamava: «*si stava meglio prima*».

Antonietta scopre della morte del fratello, è molto triste. Ci racconta che sette anni prima era in carcere e morì sua madre. L'incontro di oggi è dedicato principalmente a lei e all'ascolto del suo dolore. Le altre sono in silenzio. Fumano in piedi vicino alla finestra a turno e quando Antonietta piange le fanno una carezza sul braccio. Lei ci racconta della telefonata con cui sua cognata le comunica la morte del fratello, poi prende a parlare della madre. Racconta del matrimonio combinato con suo padre, poi della reazione negativa che ha avuto dopo il suo *coming out*, della cacciata di casa e della vita per strada. Anche sua madre è stata in carcere prima che lei nascesse e quando era piccola. Poi il carcere è arrivato anche per lei e si è ricongiunta con la mamma, che andava a fare i colloqui. Antonietta racconta della sua giovinezza e di come ha vissuto la prima reclusione.

C'era più controllo, c'erano più regole. Ora facciamo quello che vogliamo, le guardie hanno quasi paura di noi. Prima c'era più rigidità, più regole ma anche più violenza, se dicevi qualcosa ti «*abboffavano*» di mazzate. Però era meglio perché c'era più ordine.

[note di campo, aprile 2022]

4. Annina è gonfia. Si unisce al gruppo e chiede a noi due se la vediamo «cchiù femmena». *Mi sono bombardata di ormoni* – esclama. Aveva preso ben quattro compresse di ciproterone acetato da 2mg perché voleva fare *ampressa ampresa*⁴. Per le donne *trans* in carcere gli ormoni sono come gli psicofarmaci, se ne fa spesso abuso. Aida, di tutta risposta, afferma che per avere più effetti usa anche i cerotti medicati di estradiolo, che mostra sul suo braccio orgogliosa. Più volte nel corso degli incontri è emerso il tema della salute, legato ai percorsi di transizione medicalizzata, alla necessità di assumere la terapia ormonale sostitutiva sotto supervisione endocrinologica e aderendo a un piano terapeutico. *No no, io faccio di testa mia, perché il dottore me ne da troppo pochi* – ha detto Annina alla nostra proposta di far loro incontrare una endocrinologa.

Stimolando la partecipazione delle altre alla discussione, chiediamo a tutte di dire la propria sulla questione. *Ah, non so. A me non interessa niente. Io preferisco bombardarmi di psicofarmaci piuttosto e dormire tutto il giorno* – ha detto Fernanda, che a causa del suo disturbo depressivo maggiore aveva Antonietta come piantone.

Per le donne *transgender* detenute nella casa circondariale di Poggioreale il diritto alla salute passa dal bisogno di interazione e socializzazione

4 Avverbio di tempo, che in napoletano significa presto presto.

al potersi prendere cura di sé in quanto donne, potendo ricevere prodotti cosmetici, terapia ormonale sostitutiva, abiti femminili e potendo nutrire anche la loro spiritualità.

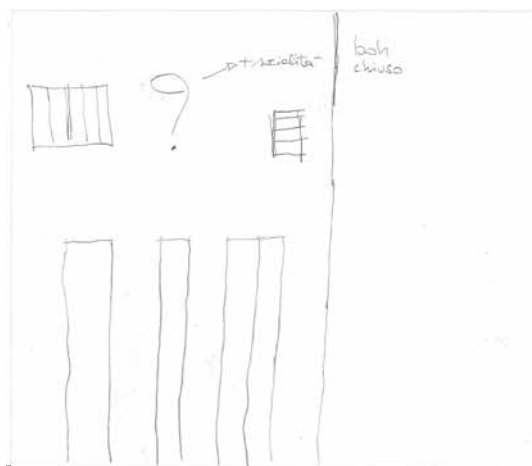


Figura 4: il carcere visto da Antonietta

La mattina del 21 luglio il nostro incontro settimanale non ha luogo nei locali antistanti le celle della sezione trans, bensì nel cortile del carcere. O meglio, veniamo invitate a prendere parte alla rappresentazione teatrale a cura dei detenuti che hanno partecipato al laboratorio di drammaturgia. L'occasione registra un gran fervore da parte delle donne del Padiglione Roma, poiché per la prima volta potranno trascorrere il tempo con il resto della popolazione carceraria per qualche ora, in un clima di festa. Tutte indossano gli abiti più belli, sono ben truccate e pettinate e sedute sul lato destro dell'androne, all'ultima fila. Prima dello spettacolo è previsto un rinfresco con bibite, stuzzichini e gelati, ma, dal momento che il bar tarda ad arrivare, alcune persone cominciano ad improvvisare poesie e canzoni. Antonietta scoppia a piangere quando uno degli uomini intona con voca straziante la canzone «Scusa», di Gigi Finizio. *Mi ricorda un vecchio amore* – racconta singhiozzando. È poi la volta di un altro compagno, che, proprio pochi minuti prima che arrivassero ghiaccioli e bevande, comincia a cantare «Vola cardillo», di Patrizio. Una scena incredibile si mostra dinanzi agli occhi di noi presenti. Dai vari padiglioni

appaiono da dietro le sbarre braccia e torsi degli altri detenuti e si ode cantare all'unisono il ritornello del brano, che fa:

*je stongo chiuso
dinto 'a sti' cancelli
e tu si prigioniero
comme 'a mme
ma nun può sta' accussì;
tu si n'auciello
'o sole, 'o cielo, 'o mare
attuorno a te
e vola auciello va
e vola auciello va
je ca nun so 'cchiù libero
te rongo 'a libertà.*

Ebbene, rientrate dopo lo spettacolo, registriamo entusiasmo e gioia da parte delle donne, che si dicono felici di aver avuto un momento di giovialità e convivialità anche con gli altri detenuti.

La detenzione in un istituto maschile per le donne *transgender* presenta alcuni elementi di criticità. Innanzitutto il fatto che gli agenti penitenziari siano uomini e che siano gli stessi dinanzi ai quali esse si spogliano al momento della perquisizione rappresenta un elemento di violazione della loro dignità umana. Grazie all'intervento del progetto nell'ambito del quale abbiamo avuto accesso al campo, però, quantomeno vengono appellate con il femminile dalla quasi totalità degli agenti. Quando però abbiamo chiesto loro se preferissero essere reclusi in un carcere femminile, la risposta è stata negativa, in quanto – raccontano – *almeno qui abbiamo un po' di svago. Pure se solo attraverso degli sguardi e dei biglietti, almeno qui ci illudiamo di avere una vita sentimentale*. Il loro orientamento sentimentale e sessuale è nella maggior parte dei casi etero o bisessuale. L'affettività dentro le mura viene vissuta in maniera intensa e l'amicizia tra compagne di cella rappresenta spesso la fonte primaria d'amore, assieme alle lettere del fidanzato di turno.

In carcere si conoscono molte persone a cui ti incominci a fidare. Poi ci parli, poi ti accorgi che non era la persona che avevi pensato e fai un passo indietro.

[diario di Antonietta, condiviso con l'equipe di ricerca, agosto 2022]

Il senso di sorellanza che lega le detenute, dato dalla comune condizione di privazione temporanea delle libertà, pare essere una livella che elimina

le differenze tra loro, di nazionalità, religione e stato di salute. La presenza di consapevolezza circa lo stigma da parte di Brenda ha permesso un percorso di impoteramento⁵ reciproco sui temi della salute sessuale, in particolare sulla condizione di positività al virus dell'immunodeficienza umana (*HIV*). In particolare Brenda, risultata positiva all'*HIV* durante l'adolescenza, ha acquisito conoscenze circa la non trasmissibilità del *virus* nel momento in cui la carica virale risulti non rilevabile, quindi attraverso una piena aderenza alla terapia antiretrovirale. Queste conoscenze scientifiche le hanno permesso di intervenire sul processo di etichettamento, prendendo consapevolezza circa lo stigma sociale che esperiscono le persone che vivono con *HIV* e di socializzare queste informazioni con altre compagne positive, generando un percorso di cura reciproca.

5. Un giorno Thais all'inizio del colloquio ci dice che era riuscita ad incontrare una suora e aveva deciso di tornare uomo e scontare la pena in un altro padiglione, poi abbandona il gruppo e torna nella sua cella. Aida dunque esclama: *ci sta, ci può stare. Anche io poi devo tornare uomo*. Aida è senegalese e non ha mai detto alla sua famiglia di origine di essere una donna. Ha tre figli con tre donne, i quali sono in diversi paesi d'Europa e sanno che il padre è una donna transgender e la supportano. Non è lo stesso per i suoi fratelli e genitori, che sono in Africa e non sanno della sua transizione. Una volta – racconta – è dovuta tornare a Dakar e, siccome aveva fatto un intervento di mastoplastica additiva, non sapeva come fare. Chiama dunque il chirurgo che l'aveva operata e gli dice: *me le devi togliere, poi me le vengo a rimettere, conservami le protesi*. Aida è musulmana, credente e ci racconta che la sua vita le piace, si sta divertendo, ma *in punto di morte mi dovrò pentire, dovrò tornare uomo e chiedere scusa ad Allah*. Il senso di colpa è condiviso da Fernanda, di religione cattolica, che pensa che *Dio mi ama per come sono, però l'essermi fatta donna è una trasgressione. Ho cambiato il mio corpo e sì, mi dovrò pentire*. Lo stress a cui espone l'etichettamento delle persone trans in quanto devianti si acuisce maggiormente laddove lo stigma strutturale trova le basi nella criminalizzazione dei comportamenti sessuali omosessuali od ove vi è un alto numero di aggressioni ai danni di persone transgender, nella maggior parte dei casi donne nere e latine e *sex workers*. La pratica religiosa in carcere può risultare un momento di cura di sé per la popolazione carceraria generale, ma per le persone transgender può risultare un momento di ulteriore colpevolizzazione e autoetichettamento.

5 Traduzione del termine inglese *empowerment*.

Il lavoro etnografico, fin qui rappresentato, è stato accompagnato dall'ambiziosa e sperimentale idea più ampia di portare avanti una ricerca-intervento partecipativa con dei risvolti di sostegno psicologico ed emotivo alle donne *trans* nei mesi di detenzione in quel momento a Poggioreale. Approfittando della duplicità delle figure professionali che hanno portato avanti il progetto Al di là del muro, abbiamo ritenuto di utile interesse ampliare questo contributo anche con una visione prettamente psicologica, identificando caratteristiche cliniche e specificità del gruppo in quanto tale. Questa analisi ha permesso di capire e di approfondire i bisogni sia delle detenute sia del contesto istituzionale carcerario in relazione a loro.

6. La specifica condizione carceraria e lo status di appartenenza degli individui oggetto di questo studio definisce la particolare situazione di essere gruppo nel gruppo. Intendiamo dire che queste donne sono un sottogruppo speciale all'interno della categoria detenuti e che forzatamente questa appartenenza già le definisce un piccolo gruppo (diverso da altre categorie carcerarie più ampie, come ad esempio i tossicodipendenti). Questo comporta il fatto che ci sia un *campo attuale* (il risultato di immagini, pensieri, emozioni e fantasie nel qui ed ora), uno *storico* (il deposito di vicende, rappresentazioni e relazioni affettive di ognuno) (Correale, 1992) e, a nostro avviso, un *campo di gruppo che continua ad essere* senza operatori nei restanti giorni della settimana. Il campo che noi troviamo dopo l'intervallo di tempo tra un incontro e l'altro si manifesta molto spesso mutato velocemente; la somma degli eventi di ciò che succede tra i membri del gruppo cambia spesso gli equilibri lasciati solo qualche giorno prima. Il gruppo in qualche modo continua a essere a prescindere dai nostri incontri, a prescindere dalla scelta di stare in gruppo. L'essere una categoria protetta di donne *trans* in un contesto carcerario di uomini costringe ad essere piccolo gruppo sempre, 24 ore su 24 ore, 7 giorni su 7. Questa condizione deve essere una costante indispensabilmente considerata nell'analisi del contesto, nell'idea di svolgere un lavoro psicoeducazionale, di ascolto e di sostegno. Il gruppo si propone come un contenitore e punto d'appoggio, attraverso soprattutto la costruzione di una *stabilità* e di una costruzione di *confini* ben presenti, ma allo stesso tempo flessibili. Come spieghiamo qui di seguito.

Confini – I *confini* sono fisici, cognitivi e simbolici, separano nella mente e nello spazio ciò che è dentro da ciò che è fuori. In carcere gli spazi abitati sono purtroppo sempre gli stessi, noi operatrici andiamo da loro e quando tutto fila liscio abbiamo l'opportunità, per niente scontata, di una

sala che accolga tutti e che abbia una porta. In quel dato momento, il gruppo guidato, la stanza, lo stare insieme dà ordine e stabilisce il confine tra un mondo totalizzante e quella bolla che costruiamo con i nostri appuntamenti. Tutto questo è indispensabile per uno spazio mentale di gruppo. I confini devono essere *stabili e flessibili*, rappresentare delle regole e rappresentare uno spazio caldo e accogliente. Il gruppo deve divenire un contenitore ed un elaboratore di significati in cui soprattutto frustrazione, aggressività trovano un diverso modo di espressione.

Stabilità – La struttura del gruppo è sollecitata da fattori oggettivi di mutevolezza, dalla variabilità della pena, agli spostamenti di reparto o di carcere, fino ad arrivare ai divieti di incontro tra le detenute (imposti come provvedimento preventivo o richiesti da loro stesse per situazioni altamente conflittuali). La costruzione, in qualche modo, di una *stabilità* diventa un obiettivo significativo per lavorare da un lato su una base d'appoggio su cui fondare fiducia e sostegno e dall'altro per lavorare sull'impulsività e sugli *acting out* (agiti in cui i propri vissuti emotivi conflittuali trovano espressione attraverso l'azione piuttosto che con il linguaggio e il pensiero), uno dei meccanismi d'azione automatici più comune tra le detenute. Come concettualizzato da Bion (1961) occorrerebbe portare il gruppo primitivo ad essere un gruppo di lavoro. Consideriamo gruppo primitivo quel momento in cui il gruppo si incontra e si immerge inconsapevolmente e involontariamente in un'esperienza sensoriale, affettiva, emotiva intensa caratterizzata da impulsi irrazionali e inconsci, desideri, pensieri, fantasie, che invece ostacolano una dimensione di gruppo di lavoro. Il gruppo di lavoro è quella condizione invece in cui gli individui che hanno acquisito la capacità di porre attenzione all'altro, di rappresentazione verbale, di pensiero simbolico, cooperano e danno il proprio contributo alle riflessioni di gruppo, come ad esempio alla gestione delle situazioni conflittuali. Una delle dinamiche più comuni che la sottocategoria delle donne trans utilizza in carcere è la creazione di alleanze attraverso suddivisione, creazione di coppie fusionali o trii, in base al momento di 'innamoramento' (che si traduce in sfruttamento dell'altro in relazione al proprio bisogno pratico, affettivo o emotivo). Ogni conflitto di questo tipo porta il gruppo ad una regressione che può arrestare la costruzione dell'armonia e l'evoluzione stessa del gruppo.

7. Ad un'analisi del contesto di gruppo vanno inoltre aggiunte le identificazioni per sommi capi delle aree in cui si iscrivono le singole caratteristiche di personalità della specifica popolazione carceraria trans. Queste don-

ne, con un diverso grado, hanno difficoltà a conformarsi alle norme sociali, a controllare gli impulsi e a prevedere le conseguenze delle proprie azioni.

I tratti di personalità con cui più frequentemente ci siamo confrontate nel lavoro con le donne trans in carcere sono: tratti antisociali, aspetti narcisistici, a volte paranoici e istrionici con un funzionamento di tipo *borderline*. Tendenti a sfruttare l'altro, ad avere una rapida e mutevole espressione delle emozioni, ad avere atteggiamenti seduttivi provocanti e/o provocatori. Facilmente i gesti dell'altro possono essere interpretati come fonte di minaccia e/o attacco verso sé. Si osserva inoltre un alto grado di comportamenti autolesionistici, con sfumature vittimistiche e manipolatorie.

Abbiamo identificato queste tre modalità d'azione nella gestione degli impulsi e della mancata soddisfazione dei propri bisogni:

- Autolesionismo come esercizio di potere e autodeterminazione: faccio del male a me stessa per ottenere qualcosa di cui mi sento privata, ma di cui sento di avere diritto. In questa categoria rientrano eventi come tagli, ingestione di lamette, tentativi di suicidio (quasi sempre dimostrativi).

- Aggressività e violenza: dirigo tutta la mia rabbia e frustrazione verso l'altro (gli assistenti penitenziari, le altre detenute), verso oggetti (spesso incendiando oggetti presenti nella propria cella).

- Rifugio/ritiro depressivo. Evitamento difensivo: sto male, non parlo, non comunico, evito qualsiasi occasione di socializzazione.

Lavorare con persone che hanno questi tipi di caratteristiche significa toccare con mano gli effetti di situazioni familiari e sociali molto traumatiche. Questi comportamenti sono la risultante di una strutturazione di meccanismi di difesa arcaici, inscritti negli automatismi dei gesti e dell'azione attraverso il corpo.

Spesso gli unici colloqui che queste donne hanno con l'esterno sono con avvocati, medici, assistenti penitenziari ed infine con noi. Il fatto che in carcere siano in qualche modo abbandonate, con la famiglia lontana e/o indifferente o comunque non presente, rende necessaria una riflessione circa l'interpretazione del significato di gesti forti, quali tentativi di suicidio o atti autolesionisti. Se nessuno mi ha mai contenuta io urlerò e chiederò ancora con più forza di essere contenuta, ma a chi lo chiedo? Al mio vicino, alla società, all'istituzione che da un lato mi reprime ma che da un lato mi pone dei limiti all'angoscia di esistere. In questa raccolta di informazioni cliniche il supporto e contenimento psichico ed emotivo assume la veste di stare in gruppo, di stare insieme imparando nuove competenze, dall'educazione alle emozioni, alla capacità di mentalizzare (Fonagy, 2006). Ossia quella capacità metacognitiva di regolare le proprie emozioni, di controlla-

re i propri impulsi e di comprendere e riconoscere autenticamente la mente dell'altro. Il gruppo diventa contesto elettivo per imparare insieme a costruire nuovi significati e narrazioni di se stessi.

Si tratta di un lavoro in continua evoluzione, che mette solo un tassello e apre altre tantissime strade di intervento in un contesto così difficile e di frontiera, sia rispetto ai risvolti terapeutici della nostra presenza, sia da un punto di vista metodologico e di ricerca.

8. La ricerca presentata in questo capitolo ha risentito fortemente delle restrizioni causate dalla sindemia da *coronavirus Sars-CoV-2* sia per l'impossibilità di accesso al campo per alcuni mesi che per l'utilizzo, per buona parte della ricerca, di dispositivi di protezione per affrontare l'emergenza epidemiologica, quali le mascherine chirurgiche che hanno reso talvolta difficoltosa la comprensione della comunicazione verbale, specialmente in un contesto caotico quale quello del carcere, nel quale le porte non erano completamente chiuse, ma presentavano delle sbarre metalliche nella parte centrale e vi era un costante frastuono, vociare e rumore di campanelli e carrelli. Inoltre l'italiano è stata una lingua franca, ma non per tutte le persone era la prima lingua. Il posizionamento multiplo sia come operatrici/educatrici volontarie, che come sociologa e psicologa, che come ricercatrici ha reso necessario un ingente lavoro di destreggiamento tra i ruoli, rendendo necessario pattuire continuamente finalità e scopi in un contesto all'interno del quale il dialogo è strumento di sfogo e condivisione intima, nonché protagonista dello sportello d'ascolto, ma non necessariamente del lavoro etnografico. La riflessione prima tra noi autrici e poi con le persone coinvolte circa gli aspetti etici e l'anonimizzazione delle informazioni è stata a maggior ragione necessaria, data l'interazione con noi su più livelli. Il contesto, inoltre, ha posto varie sfide sul piano operativo. L'ingresso in struttura ha dovuto sempre fare i conti con l'imprevedibilità: a volte non abbiamo trovato spazi liberi per la presenza contemporaneamente di altre associazioni o di altre attività, per cui abbiamo trascorso tempo ad aspettare che si liberasse una stanza e non sempre ciò è accaduto. Altre volte non abbiamo potuto svolgere gli incontri di gruppo con tutte, poiché tra alcune vi era un divieto di incontro, per cui abbiamo dovuto dividere il gruppo in due sottogruppi. L'impossibilità di introdurre dispositivi per la registrazione delle discussioni e dei colloqui ha inoltre reso impossibile la realizzazione di interviste o focus group e quindi l'analisi qualitativa dei contenuti. Cioè è stato compensato con un proficuo utilizzo del taccuino e con il ricorso ai metodi creativi per la ricerca sociale, nonché con la

produzione scritta su supporti cartacei. Data la gratuità dell'azione dello sportello d'ascolto e quindi l'assenza di risorse, non abbiamo potuto beneficiare di una supervisione sistematica dell'intervento, che, in casi di lavori con alto rischio di *burn-out* come questo, sarebbe stata di aiuto anche per una più efficace riflessività. Per ovviare a questa assenza abbiamo dedicato l'ora precedente all'ingresso o l'ora successiva all'uscita per mettere bene a fuoco l'osservazione, nonché per confrontarci su aspetti più emotivi. Per ragioni legate alla difficoltà di accedere per più di una volta alla settimana al campo, abbiamo realizzato l'intera osservazione nella sezione *transgender*, consapevoli che alcune donne transgender fossero recluse nel padiglione omosessuale. Qualora studi futuri prevedessero la possibilità di accedere anche alla sezione *msm*, potrebbe essere interessante mettere a confronto l'esperienza delle donne in una sezione esclusivamente femminile con quella delle donne in una sezione mista. Al momento la situazione si è ulteriormente complicata, in quanto le due sezioni sono site in due diverse case circondariali.

Bibliografia

- A.W. BATEMAN, P. FONAGY, *Guida pratica al trattamento basato sulla mentalizzazione per il disturbo borderline di personalità*, Milano, 2006.
- J. DEBRO, H.S. BECKER, *Dialogue with Howard S. Becker*, in *Issues in Criminology*, SUMMER 1970, Vol. 5, No. 2 (SUMMER 1970), 159/179.
- A. DINO, C. RINALDI, *Sociologia della devianza e del crimine. Prospettive, ambiti e sviluppi contemporanei*, Milano, 2021.
- W.R. BION, *Esperienze nei gruppi*, Roma, 1961.
- A. CORREALE, *Campo* (modello di), in *Interazioni*, 1992, 124/126.
- K. CRENSHAW, *Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, Chicago, 1989, 139/167.
- E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2010.
- D. KRAMER-ROY, *Using participatory and creative methods to facilitate emancipatory research with people facing multiple disadvantage: a role for health and care professionals*, *Disability & Society*, 2015, 30:8, 1207/1224, DOI: 10.1080/09687599.2015.1090955

CAPITOLO QUARTO
POLITICHE DI RIEDUCAZIONE
E DI INCLUSIONE SOCIALE

GIANLUCA GENTILE
L'INVENZIONE PENITENZIARIA
E LA CRISI DELLO STATO SOCIALE

SOMMARIO: 1. L'invenzione penitenziaria tra realtà e utopia. 2. L'ideale ri-educativo secondo il modello revisionista. 3. Il *Welfare State* e il diritto penale assistenziale. 4. Il *boom* penitenziario. 5. La dimensione del dover essere.

1. Tra le promesse non mantenute di quel progetto giuridico della modernità che affonda le sue radici nell'illuminismo giuridico c'è l'invenzione penitenziaria¹. Questa espressione indica il processo storico-culturale a seguito del quale la privazione della libertà personale diventò il baricentro dei sistemi punitivi, mentre in precedenza aveva riguardato essenzialmente i debitori insolventi o gli imputati in attesa del processo. Il carcere andò così a raccogliere l'eredità delle case di lavoro o di correzione, e cioè di quelle strutture in cui venivano internati i mendicanti, i vagabondi, i piccoli delinquenti, e in generale coloro che si erano ritrovati ai margini della società a seguito della dissoluzione del mondo feudale².

Si trattò indubbiamente di una svolta epocale nell'ambito delle pratiche del controllo sociale, essendo la pena detentiva una reazione più mite rispetto al terroristico arsenale sanzionatorio dell'*ancien régime*, che contemplava la pena di morte eseguita nei modi più efferati, la tor-

-
- 1 Parla di promessa «mai mantenuta e neppure in futuro mantenibile», M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *ius17@unibo.it*, 3/2013, 119. Come puntualizza T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, 21, l'invenzione va intesa nel senso di «ritrovare qualcosa che già c'era e di trasformarla in qualcosa che prima non era».
- 2 Sul punto, M. PAVARINI, *Introduzione a... La criminologia*, Firenze, 1980, 18 ss.; D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, 2002, 21 ss. Nel testo in cui questa tesi è maggiormente sviluppata, e cioè D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1982, 19 ss., si accenna anche a un altro lontano progenitore del carcere, e cioè il regime penitenziario del diritto canonico (sul quale cfr. anche O. VOCCA, *Il carcere. Linee di politica criminale*, Napoli, 2003, 13-14).

tura, le pene infamanti quali la gogna e la berlina, le pene corporali quali l'amputazione di una parte del corpo o la marchiatura a fuoco³.

Tuttavia i riformatori illuministici non si proponevano soltanto di umanizzare il diritto penale, ma anche di razionalizzarlo⁴, nella convinzione che il carcere sarebbe stato lo strumento ottimale per consentire al diritto penale liberale di conseguire la prevenzione dei reati da un lato, la rieducazione del condannato dall'altro.

In questa prospettiva, Cesare Beccaria aveva osservato che la prigionia – nel suo linguaggio, la «schiavitù»⁵ – sarebbe stata preferibile ai «crudeli supplicii» sia sul piano della proporzione tra il danno sociale prodotto dal comportamento incriminato e il male inflitto con la pena, sia su quello della prevenzione dei reati, dal momento che «il freno più forte contro i delitti» non sarebbe rappresentato dal «terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato», ma dal «lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa»⁶.

Con maggiore precisione, Gaetano Filangieri elencava tutte le ragioni che lo inducevano a prediligere le pene privative della libertà personale su tutte le altre⁷: l'eguaglianza di trattamento perché, a differenza delle pene infamanti e di quelle pecuniarie, esse andrebbero a comprimere un bene che ha lo stesso valore per tutti, e cioè la libertà; la loro flessibilità, perché modificandone la durata o le modalità di esecuzione, esse potrebbero facilmente proporzionarsi al disvalore oggettivo del delitto commesso; la loro funzionalità politico-criminale, potendosi utilizzare sia come strumenti di «istruzione» (in quanto «atte a correggere il delinquente con l'esperienza dei mali

3 Un inventario delle diverse tecniche punitive in E. H. SUTHERLAND, D. R. CRESSEY, *Criminologia*, Milano, 1996, 439 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1996, 382 ss.

4 Per tutti, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 387 ss., e qui l'analisi del modo in cui si combinarono le tre ideologie dominanti del XVIII secolo, quella utilitarista, quella umanitaria e quella proporzionalistica.

5 A proposito dell'equivalenza tra schiavitù e pena detentiva, cfr. S. MANACORDA, *Cesare Beccaria e la pena dell'ergastolo*, in *Jus*, 2015, 171, con alcuni riferimenti testuali. Inoltre, lo stesso C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (ed. del 1776 a cura di G. Francioni), Milano, 1984, 84 e 109, nel celeberrimo § XXVIII confronta la «prigionia» con la pena capitale della ruota e nel § XXXIII parla di «prigione» (senza distinguerla chiaramente dalla «servitù», essendo anche la prima compatibile con il lavoro forzato) a proposito delle pene previste per i contrabbandieri.

6 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 89.

7 Una dettagliata analisi del pensiero di Filangieri in T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., 52 ss.

che porta seco il delitto»), sia di difesa sociale; infine, la loro utilità economica, perché «privando l'uomo della sua libertà personale render lo possono strumento di alcuni beni, di alcuni comodi, di alcune intraprese necessarie, o utili alla conservazione, ed all'acquisto delle ricchezze nazionali»⁸.

Un tale ordine di idee non restò confinato nella sfera della riflessione scientifica. Infatti, la riforma leopoldina del 1786 sostituì la pena di morte con quella dei pubblici lavori ritenendo quest'ultima non solo più moderata della prima, ma anche più adeguata a realizzare «la soddisfazione al privato, e al pubblico danno, la correzione del Reo figlio anch'esso della Società e dello Stato, della cui emenda non può mai disperarsi, la sicurezza nei Rei dei più gravi e atroci delitti che non restino in libertà di commetterne altri, e finalmente il pubblico esempio»⁹.

Questo entusiasmo per la pena detentiva fu ben presto accompagnato da una riflessione critica sui suoi limiti. Ad esempio Jeremy Bentham, che pure ne evidenziava i molti pregi¹⁰, non esitò a riconoscere che le conseguenze della privazione della libertà personale cambiavano a seconda dell'età, delle condizioni fisiche, lavorative e sociali del detenuto: per fare un esempio, privare di inchiostro e di carta sarebbe stato devastante per l'autore di professione e insignificante per la maggior parte degli individui¹¹.

Più in generale, i riformatori non ignoravano che le condizioni reali dei luoghi di detenzione erano in antitesi con gli ambiziosi obiettivi di ingegneria sociale che si proponevano¹².

8 G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Tomo IV, Napoli, 1784, 76 (Libro III, parte II, Capo XXXIII, sebbene per un errore di numerazione risulti XXXIV).

9 Art. LI della *Riforma della legislazione criminale toscana*, 30 novembre 1786. Su questo importante provvedimento legislativo, che non sarebbe inquadrabile nella tipologia dei codici per ragioni strutturali, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. II, Milano, 2005, 341 ss.; ritiene invece che la riforma leopoldina sia «il primo codice penale moderno», perché recepi molte delle istanze dell'illuminismo giuridico, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 549.

10 Sul punto, T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., 64 ss.

11 J. BENTHAM, *Principles of Penal Law*, in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. I, Edinburgh, 1843, 424. Sul pensiero penalistico di Bentham, la cui ricostruzione è molto complessa a partire dalla ricostruzione delle fonti, e sulle sue preferenze in materia di sanzioni, che si modificarono nel tempo, cfr. L. RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. 1, *The Movement for Reform*, London, 1948, 355 ss., 377 ss.; T. DRAPER, *An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment*, in *Journal of Bentham Studies*, 2002, 3 ss.

12 T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua prospettiva storica*, Milano, 1981, 8 ss.

Nel descrivere lo stato delle prigioni in Inghilterra e in Galles nella seconda metà del XVIII secolo, John Howard affermava chi vi entrava in salute, in pochi mesi era ridotto in una condizione miserevole, se aveva la fortuna di non morire a causa delle frequenti epidemie di febbre; le condizioni igienico-sanitarie erano disastrose, anche a causa della mancanza delle fogne, del cibo, dell'acqua e persino dell'aria; nelle case di correzione, dove il lavoro era teoricamente obbligatorio, i detenuti trascorrevano le loro giornate nell'ozio e nel degrado perché non avevano gli strumenti necessari; si dormiva per terra oppure su alcuni stracci, dato che mancava persino la paglia per i giacigli; i detenuti non venivano divisi a seconda del sesso, della gravità del reato commesso, del carattere provvisorio o definitivo della reclusione¹³. La situazione non era certo migliore in Italia, visto che la prigione dei Piombi a Venezia era «una delle più dure» che Howard avesse mai visto¹⁴; che nella Vicaria di Napoli la larga maggioranza dei detenuti era inoperosa¹⁵; che nella Cittadella di Torino molti prigionieri erano in catene e versavano in condizioni tali da fargli esclamare: «i loro volti malsani testimoniano la scarsa attenzione che viene loro dedicata»¹⁶.

Insomma, la prigione non curava la morale¹⁷, anzi era una scuola del vizio¹⁸, se non addirittura una «dimora infernale»¹⁹. Ciò nonostante, si continuava a distinguere il piano del dover essere da quello dell'essere, sicché l'assunto secondo cui la detenzione sarebbe stata «la pena per eccellenza nelle società incivilite»²⁰, nonché la sola che si prestasse «ai tentativi diretti di emendamento morale» poteva convivere con l'esortazione a «rinunziare il più presto a quelle prigioni di cui è quasi coperta l'intera Europa», o meglio a riformarle in profondità²¹.

13 J. HOWARD, *The State of the Prisons in England and Wales*, London, 1792, 4 ss.

14 J. HOWARD, *The State of the Prisons in England and Wales*, cit., 106.

15 J. HOWARD, *The State of the Prisons in England and Wales*, cit., 117. Un quadro ancora più fosco in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 114; O. VOCCA, *Il carcere*, cit., 26.

16 J. HOWARD, *The State of the Prisons*, cit., 123.

17 J. HOWARD, *The State of the Prisons*, cit., 10.

18 J. BENTHAM, *Principles*, cit., 429.

19 J. P. BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, Tome Premier, Berlin, 1781, 164.

20 P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1859, 447.

21 P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, cit., 449-450. Sul «divario radicale» tra «il piano delle istituzioni reali e quello delle strutture giuridiche vagheggiate», ampiamente T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 23 ss.

2. Questo approccio, secondo il quale il carcere sarebbe il frutto del processo di civilizzazione e potrebbe essere migliorato a condizione che si investano le risorse umane ed economiche necessarie, è stato definito idealistico perché caratterizzato da una visione ottimistica della storia basata sulle idee di progresso e di riforma²².

A tale paradigma si contrappone il modello revisionista²³, che studia l'evoluzione dei sistemi penali in connessione con la struttura economica, analizzando le funzioni concretamente adempiute dall'istituzione penitenziaria all'interno dei diversi tipi di società che si sono storicamente susseguiti, e non (tanto) gli scopi ideologicamente attribuiti alla pena detentiva (rieducazione, retribuzione, prevenzione generale, ecc.)²⁴.

Il punto di partenza di questa prospettiva è un'intuizione di Karl Marx. A suo avviso il «processo storico di separazione del produttore dai mezzi di produzione» (c.d. fase dell'accumulazione originaria)²⁵, che diede inizio al modo di produzione capitalistico, comportò in un primo momento una feroce criminalizzazione di massa di chi fu ridotto in miseria dalla fine del feudalesimo, e successivamente lo sviluppo di una «classe operaia che per educazione, tradizione, abitudine» riconobbe «come leggi naturali e ovvie le esigenze di quel modo di produzione»²⁶.

Su queste premesse, i revisionisti sostengono che la pena detentiva sarebbe legata all'idea che la libertà ha un valore economico corrispondente al lavoro umano misurabile nel tempo²⁷: «il capitalismo industriale, la

22 Cfr. S. COHEN, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*, Cambridge, 1985, 15 ss. Un agile quadro di sintesi è offerto da F. VIANELLO, *Sociologia del carcere. Un'introduzione*, Roma, 2019, 16 ss. Cfr. anche E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004, 3 ss.

23 Ha parlato di revisionismo per distinguere questo schema dall'orientamento che legge la storia dei modelli penali come una «narrativa di riforma», M. IGNATIEFF, *State, Civil Society, and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment*, in *Crime and Justice*, 1981, 153 ss. (trad. it. parziale in E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, cit., 258 ss.).

24 Sintetizza così i «risultati irreversibili» prodotti sul piano epistemologico dall'approccio revisionista (o «materialistico»), A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, 193. Per un quadro di sintesi delle opere fondamentali ascrivibili a questo orientamento, volendo, G. GENTILE, *Il carcere e l'idea dello scopo*, in *La legislazione penale*, 24 aprile 2021, 12 ss.

25 K. MARX, *Il capitale*, vol. I, Roma, 1981, 778.

26 K. MARX, *Il capitale*, vol. I, cit., 800, e prima un'agghiacciante carrellata sulle leggi inglesi del XVI secolo che comminavano feroci sanzioni corporali ai mendicanti, ai vagabondi e in generale a chi si rifiutava di lavorare.

27 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, 252-253; D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 22 ss., 86 ss., 241 ss.

dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, l'economia ricardiana e il sistema della reclusione a tempo determinato sono fenomeni di una medesima epoca storica»²⁸.

Tale idea si sarebbe appunto materializzata in un'istituzione, quella carceraria, che esemplificava «l'immagine del mondo borghese del lavoro pensato fino alle estreme conseguenze»²⁹, e pertanto divenne «la pena per eccellenza nella società produttrice di merci»³⁰. Mentre le pratiche penali dell'*ancien régime* sfociavano nell'annientamento del trasgressore, il carcere avrebbe mirato a reintegrarlo all'interno del patto sociale, ad addestrarlo al lavoro e alla disciplina, a fargli accettare il suo ruolo di proletario all'interno dell'ordine sociale borghese³¹.

Ma ben presto il carcere non sarebbe stato più in grado di adempiere a questa funzione, che nella trasfigurazione ideologica dei riformatori avrebbe assunto la forma dell'ideale rieducativo³², anzi avrebbe sortito l'effetto inverso di fabbricare delinquenti, ossia di perpetuare quella criminalità che si proponeva di debellare³³.

A partire dalla seconda metà del XIX secolo, il tema della riforma del carcere venne collegato a quello della sua centralità all'interno dell'apparato sanzionatorio e si aprì il dibattito sull'opportunità di rinunciare alle pene detentive di breve durata, giudicate inutili e dannose perché il detenuto non

28 E.B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo* (1927), in U. Cerroni (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, 230-231.

29 M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo* (1947), Torino, 1966, 242. Si inquadra nello stesso contesto culturale della scuola di Francoforte l'opera di G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale* (1939), Bologna, 1978, che ha dato inizio al modello revisionista.

30 D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 243.

31 Con sfumature diverse, P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del periodo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, 1974, 372 ss.; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 238 ss.; D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 71 ss., 201 ss. Ma v. già la folgorante sintesi di M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo* (1947), cit., 242: «L'uomo nel penitenziario è l'immagine virtuale del tipo borghese che egli deve sforzarsi di diventare nella realtà». Altri riferimenti in E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, cit., 14 ss.

32 D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 239. Cfr. Z. BAUMAN, *Oltre la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2001, 120 ss. Per una lettura della nascita del carcere che tiene conto sia della dimensione ideologico-culturale sia del contesto socio-economico, M. IGNATIEFF, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese (1750-1850)*, Milano, 1982, 231 ss.

33 M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 292 e 298.

avrebbe avuto il tempo necessario per intraprendere un percorso rieducativo, anzi sarebbe stato esposto agli effetti desocializzanti della reclusione³⁴.

A ben vedere, era un caposaldo del pensiero illuminista che stava andando in crisi, in particolare l'idea che il «calcolo utilitario» basato sugli elementi oggettivi del reato fosse «l'unica via per giungere all'eguaglianza»³⁵.

Anche questo processo storico è stato ricollegato ai mutamenti dell'assetto socio-economico. L'enfasi sull'uguaglianza avrebbe accompagnato quella fase del capitalismo emergente in cui si prometteva il benessere a tutti coloro che si fossero impegnati per meritarselo, a prescindere dalla loro classe sociale di provenienza. Successivamente, la constatazione che l'accumulazione delle ricchezze dei pochi si accompagnava alla miseria di molti e che il consolidarsi delle nuove istituzioni democratiche non era stato accompagnato da una riduzione della criminalità avrebbe determinato l'affermazione di una nuova ideologia che avrebbe spostato il fulcro del diritto penale dal fatto di reato ai fattori che indurrebbero l'autore a delinquere, cercando di «giustificare *scientificamente* le disuguaglianze *sociali* come necessarie diversità *naturali*»³⁶.

Tale ideologia, che effettivamente insisteva sull'eziologia bio-antropologica della criminalità, ma che a dire il vero ebbe anche un'anima progressista e non trascurò l'influenza criminogena del contesto sociale³⁷, è il positivismo criminologico³⁸.

Il principio di proporzione postulato da Beccaria, che lo aveva portato a vagheggiare una «scala esatta ed universale delle pene e dei delitti»³⁹, veniva così rimpiazzato dalla classificazione dei delinquenti e dall'idea della pena flessibile, a seconda dei casi finalizzata alla neutralizzazione

34 T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 44 ss.

35 F. VENTURI, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, 1970, 126-127.

36 M. PAVARINI, *Introduzione a... La Criminologia*, cit., 23. Cfr. F.P. WILLIAMS III, M.D. MCSHANE, *Devianza e criminalità*, Bologna, 2002, 38. Che la riflessione penalistica ottocentesca assuma «l'assetto sociale come un dato permanente e immutabile, come un punto di partenza, e non come l'oggetto di una riforma (o di una rivoluzione)», è sottolineato da T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 64.

37 Lo ammette lo stesso M. PAVARINI, *Introduzione a... La Criminologia*, cit., 29 ss. Cfr. per tutti M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1882-1912*, in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo II, Milano, 2007, 828 ss.

38 Per un'analisi di questo indirizzo, nell'ambito di una bibliografia sterminata, cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 210 ss.; D. MELOSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit., 53 ss.; F. SCLAFANI, *Teorie e attualità in Criminologia. Il caso Russia*, Bologna, 1998, 4 ss.

39 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 42.

(per gli irrecuperabili), all'intimidazione (per i delinquenti occasionali) e alla risocializzazione (per gli altri)⁴⁰.

3. A prescindere dai caduchi presupposti deterministici del positivismo criminologico, il principio della pena flessibile e individualizzata si affermò non solo in Europa, ma anche negli Stati Uniti⁴¹, dove a partire dall'ultimo decennio del XIX secolo si inaugurò un indirizzo politico-culturale che è stato denominato «penale assistenziale». Esso si concretizzò in una rete di istituti giuridici e di pratiche quali la pena indeterminata seguita dalla possibilità di concedere la liberazione anticipata (*parole*), la messa alla prova in sostituzione del carcere (*probation*), il trattamento individualizzato fondato sul giudizio e sulla classificazione di esperti delle scienze mediche e sociali, l'esistenza di una pluralità di regimi di custodia alternativi alla pena detentiva tradizionale⁴².

L'assistenzialismo penale costituiva un elemento del *Welfare State*⁴³, di quel sistema di governo che si assume il compito di promuovere la sicurezza e il benessere sociale ed economico dei cittadini attraverso una serie di servizi e interventi quali l'assistenza sanitaria, la previdenza sociale, la redistribuzione del reddito, le politiche keynesiane di sostegno alla domanda aggregata, ecc⁴⁴.

Da un certo punto di vista questo diritto penale assistenziale era un «figlio legittimo del pensiero illuminista»⁴⁵, perché ne condivideva la fiducia

40 È la celebre impostazione di F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962, 53 ss.

41 Cfr. E.H. SUTHERLAND, D.R. CRESSEY, *Criminologia*, cit., 517; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 257. Ampiamente, M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento*, Milano, 2013, 71 ss.

42 Sul punto, D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, 104 ss. Le premesse storiche di questo modello sono ricostruite, con riferimento all'esperienza britannica, in D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, 1985, 73 ss. Per un'analisi dettagliata degli istituti menzionati nel testo, E.H. SUTHERLAND, D.R. CRESSEY, *Criminologia*, cit., 512 ss., 713 ss.

43 Esplicitamente, D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 118 ss.

44 Osserva D. GARLAND, *Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford, 2016, 4, che il concetto idealtipico di *Welfare State*, oltre ad assumere concretizzazioni diverse a seconda del contesto di riferimento, «si riferisce solo a una specifica modalità di governo e a uno specifico settore dell'attività governativa», in altri termini «è una dimensione di uno Stato molto più ampio che persegue altri fini, svolge altre funzioni e sostiene altre forme di spesa».

45 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 112.

nella possibilità di correggere l'essere umano e di sconfiggere la criminalità attraverso la creazione di una società più equa⁴⁶. Da un altro, però, il principio della pena individualizzata confliggeva con le istanze della proporzione tra reato e pena e dell'uguaglianza che erano state care ai riformatori settecenteschi⁴⁷.

Il paradigma assistenziale fu per lungo tempo culturalmente dominante nell'area anglo-americana, essendo sostenuto dalla crescita economica, dalla riduzione della disoccupazione e dal miglioramento delle condizioni di vita della classe operaia. Anche quando i dati sull'incremento dei reati commessi e sui tassi di recidiva dei soggetti sottoposti al trattamento sembravano smentire l'efficacia delle misure intraprese, le ragioni dell'insuccesso erano individuate nell'insufficiente implementazione del modello correzionalista, non nella sua invalidità teorica⁴⁸.

A partire dagli anni '70 del secolo scorso, in concomitanza con la recessione economica avviata dalla crisi petrolifera, l'ideale rieducativo cominciò ad andare in crisi. Negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, la critica al correzionalismo trovò concordi «la sinistra, la destra e il centro, i *liberal*, i radicali e i conservatori»⁴⁹, perché da un lato si denunciavano il sistema delle pene indeterminate e gli eccessi di una discrezionalità giudiziale reputata discriminatoria e classista, dall'altro si invocava il recupero della funzione deterrente della sanzione penale⁵⁰. Nel frattempo si affermavano proposte politiche di stampo conservatore e neoliberista che, in sostituzione di un *Welfare State* ritenuto inefficace e inutilmente dispendioso, promossero un drastico taglio delle tasse, la deregolamentazione del mercato del lavoro e la privatizzazione dei servizi precedentemente gestiti dall'apparato pubblico.

Lo scetticismo verso l'ideale rieducativo si diffuse anche in Europa, specie in quei paesi, come quelli scandinavi o la Repubblica federale tedesca,

46 Nel senso che il *Welfare State* si proponeva di conciliare la razionalità economica con quella politico-sociale, M. PAVARINI, *Introduzione a... La Criminologia*, cit., 57.

47 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 113. Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 17 ss., 29 ss., a proposito della classificazione oggettiva dei detenuti propugnata dai riformatori illuministi e l'idea del trattamento individualizzato che sorge sul finire del XIX secolo.

48 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 124 ss.

49 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 153.

50 Cfr. L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2010, 62 ss., la quale ridimensiona l'accusa mossa ai teorici progressisti di aver favorito con le loro critiche radicali lo smantellamento del modello trattamentale.

che l'avevano accolto con maggiore decisione⁵¹. Anche in questo caso, le impostazioni di matrice liberal-conservatrice, che insistevano sui costi economici della risocializzazione e sull'eccesso di discrezionalità giudiziaria, si unirono alle istanze di sinistra che opponevano il valore della dignità umana alla pretesa correzionalista di modificare la personalità del detenuto piuttosto che la società⁵².

Il caso dell'Italia merita un'attenzione particolare. Il principio del finalismo rieducativo della pena proclamato dall'art. 27, c. 3, Cost., si è tradotto normativamente nell'approccio correzionalistico con l'ordinamento penitenziario del 1975 (forse «l'unica vera grande riforma di attuazione costituzionale dell'era repubblicana»⁵³), che introdusse l'equazione tra rieducazione e reinserimento sociale, individuò nel trattamento individualizzato lo strumento per raggiungere un tale obiettivo e attribuì alla magistratura di sorveglianza la facoltà di modificare la quantità e la qualità della pena inflitta in sede di cognizione⁵⁴.

L'evoluzione delle pratiche sanzionatorie che caratterizza l'esperienza italiana non corrisponde a quella dei paesi a capitalismo avanzato esaminati in precedenza⁵⁵, sia perché le soluzioni adottate nel 1975 furono meno radicali rispetto al paradigma anglo-americano, sia perché la riforma penitenziaria si collocava in un contesto di recessione economica. La valorizzazione dell'ideale rieducativo che si ebbe in quegli anni è stata ricondotta piuttosto a un clima politico-culturale favorito dal dibattito pubblico su-

51 Ne danno conto E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà* (1979), in G. Marinucci, E. Dolcini, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 166 ss.; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 1999, 182 ss.

52 Di «alleanze non sane» parla K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, 15.

53 F. PALAZZO, *La rieducazione: un bilancio sommario*, in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 6.

54 Per una descrizione complessiva dell'impianto dell'ordinamento penitenziario del 1975 nella sua versione originaria, si vedano per tutti E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 143 ss.; O. VOCCA, *Il carcere*, cit., 95 ss.

55 Cfr. M. PAVARINI, «Concentrazione» e «diffusione del penitenziario». *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 347-348; F. BRICOLA, *Crisi del welfare state e sistema punitivo* (1982), in F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, vol. I-II, Milano, 1997, 1427 ss.

scitato dalle rivolte dei carcerati⁵⁶, dal maggior coinvolgimento delle forze progressiste nell'attività di governo e dall'impegno di una parte della dottrina apertamente schierata a sinistra⁵⁷.

L'emergenza terroristica determinò rapidamente un arresto dell'afflato riformistico e l'affermarsi di politiche repressive esemplificate dalla figura del carcere di massima sicurezza. Tuttavia i tassi di incarcerazione⁵⁸, e cioè il numero delle persone detenute ogni anno in rapporto a centomila abitanti, continuavano a calare, tant'è nel 1978 le presenze in carcere a fine anno si attestarono sulle 26.424 persone (tasso di incarcerazione di 46,98 detenuti per 100.000 abitanti), un numero più che dimezzato rispetto a quello censito nel 1948 (68.668 persone detenute, per un tasso pari a 147,51), l'anno di entrata in vigore della Costituzione repubblicana⁵⁹.

Questo fenomeno apparentemente contraddittorio, che si protrasse per tutti gli anni '80 del secolo scorso (nel 1990 si registrarono 26.150 presenze, per un tasso pari a 45,28), fu inteso come il prodotto di una consapevole strategia di controllo sociale, che da un lato si affidava alla depenalizzazione, alle misure alternative alla detenzione e alle sanzioni sostitutive (ma anche a un utilizzo spregiudicato della carcerazione preventiva), dall'altro spogliava il carcere di ogni velleità rieducativa, destinando al regime della massima sicurezza i soggetti più pericolosi, o meglio gli esclusi dal nuovo patto sociale delle società tardo-capitaliste⁶⁰.

56 Sottolineano come, a seguito delle rivolte del 1968, la questione del carcere non fu più monopolio degli esperti, E. FASSONE, *La pena detentiva*, cit., 98 ss.; O. VOCCA, *Il carcere*, cit., 96 ss.

57 G. FIANDACA, Art. 27, 3° comma, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1991, 242 ss.

58 Sui limiti di questo indice, che tuttavia sarebbe quello scientificamente più attendibile, cfr. M. CAVADINO, J. DIGNAM, *Penal Systems. A Comparative Approach*, Los Angeles, 2006, 5.

59 Un'approfondita analisi delle statistiche fino al 1994 è proposta da M. PAVARINI, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, Torino, 1997, 987 ss. Aveva desunto dalla diminuzione del numero dei detenuti la «progressiva obsolescenza della pena detentiva», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 412.

60 M. PAVARINI, «Concentrazione» e «diffusione del penitenziario», cit., 355 ss.; M. PAVARINI, *Introduzione a... La criminologia*, cit., 67 ss.; A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., 196 ss.; A. BARATTA, *Prefazione*, in S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, XXII.

4. Il nuovo millennio ha portato con sé un vertiginoso incremento a livello mondiale sia del numero dei detenuti sia dei tassi di incarcerazione⁶¹. Se nel 2000 si stimava che le persone private della libertà in tutto il mondo fossero 8.664.300, nel 2021 tale numero è salito a 10.771.204, con un incremento pari al 24.3% (ma in tutte le Americhe si è avuta una crescita del 43.5%, mentre in Europa si è registrato un calo del 27%). Considerando che secondo le ultime rilevazioni il tasso di incarcerazione mondiale è di 140 detenuti su 100.000 abitanti, l'Europa occidentale si colloca al di sotto di questa media⁶², mentre gli Stati Uniti raggiungono il poco invidiabile primato di 629, cui corrispondono 2.068.800 detenuti (nel 1980 il tasso era di 220 e i detenuti erano 503.586)⁶³.

Venendo all'Italia, si è passati dai 26.150 detenuti del 1990 (tasso del 45, 28) ai 67.961 del 2010 (tasso del 112), per poi scendere ai 56.196 del 2022 (tasso del 96). Di questi, il 27.8% dei detenuti è in attesa di sentenza definitiva, mentre il 31.5% dei detenuti è composto da stranieri. Per inciso, la capacità ufficiale del sistema penitenziario italiano è di 51.328 unità, e quindi nel 2022 il tasso di sovraffollamento è stato del 109,5%⁶⁴. Si osservi infine che il numero dei reati denunciati nel 1990 (2.501.640) è lievemente inferiore a quello degli ultimi anni (2.104.114 nel 2021)⁶⁵.

Alcuni dei modelli esplicativi di questa dinamica prendono le mosse dal caso statunitense⁶⁶, che sarebbe la rappresentazione esasperata di tensioni che attraversano anche altre società capitaliste⁶⁷.

Secondo David Garland, i cambiamenti socio-economici da lui ricondotti alla categoria della tarda modernità (la crisi economica, l'insoddi-

61 Ne danno conto L. RE, *Carcere e globalizzazione*, cit., 3 ss., 97 ss.; M. PAVARINI, *Governare la penalià*, cit., 24 ss., 65 ss., e qui numerose tabelle esplicative.

62 Belgio: 93; Francia: 119; Germania: 70; Paesi Bassi: 60; Spagna: 113; Portogallo: 113; Inghilterra: 131; Norvegia: 56; Svezia: 73; Scozia: 137.

63 Per le statistiche riportate nel testo, si fa riferimento alla tredicesima edizione del *World Prison Population List*, in <https://www.prisonstudies.org/>.

64 Questi dati sono tratti da <https://www.prisonstudies.org/country/italy>.

65 La fonte è dati.istat.it. Bisogna tener conto delle misure di contenimento adottate nel 2020 e nel 2021 a seguito della pandemia da COVID-19, che hanno ridotto per diversi mesi la circolazione delle persone (nel 2017 i reati denunciati ammontavano a 2.429.795; nel 2018 a 2.371.806; nel 2019 a 2.301.912).

66 Esiste però un filone di studi che rifugge dalle spiegazioni generali: cfr. per tutti M. TONRY, *Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale*, in *Criminalia*, 2010, 91 ss.

67 Cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 65-66; importanti puntualizzazioni in D. GARLAND, *Beyond the Culture of Control*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2004, 178 ss. Cfr. anche L. WACQUANT, *Neoliberal penalty at work: a response to my Spanish critics*, in *Revista Española de Sociología*, 2011, 115; Z. BAUMAN, *Oltre la globalizzazione*, cit., 126 ss.

sfazione nei confronti delle prestazioni dello stato sociale, l'insicurezza sociale dovuta alla precarizzazione del lavoro, l'instabilità dell'istituzione familiare, la spersonalizzazione dei rapporti sociali) avrebbero contribuito all'innalzamento dei tassi di criminalità e alla conseguente formazione di una visione del mondo («il complesso del crimine») basata sulla paura, la rabbia, il risentimento, l'emotività, la sfiducia nei confronti dello Stato, l'identificazione nelle vittime piuttosto che nel reo⁶⁸.

Su tale complesso del crimine si sarebbero radicate politiche governative ambivalenti che avrebbero comportato, in assenza di un disegno pre-stabilito, un cambiamento delle coordinate culturali del problema penale⁶⁹. Questa nuova cultura del controllo, antitetica a quella dell'assistenzialismo penale, avrebbe rinunciato a recuperare il criminale per interessarsi alla tutela delle vittime, alle conseguenze del reato e alle strategie per prevenirlo: in questa prospettiva, la «rieducazione è ormai considerata una strategia di riduzione del rischio, non più una delle misure erogate dal *welfare state*»⁷⁰. Di conseguenza, il carcere non sarebbe più l'*extrema ratio*, ma avrebbe assunto la funzione di «nascondere dietro le quinte della vita sociale» quelle fasce deboli che sono state «rigettate dalle istituzioni – a loro volta in crisi – quali la famiglia, il lavoro, il *welfare*»⁷¹.

Questo schema interpretativo non ha soddisfatto Loïc Wacquant, secondo il quale la cultura del controllo non consentirebbe di spiegare adeguatamente la rapida affermazione e le caratteristiche strutturali di quello che egli definisce Stato penale⁷², e cioè quell'organizzazione politica nella quale le politiche sociali e quelle penali «cooperano nel normalizzare, sorvegliare e/o neutralizzare le frazioni indigenti e moleste del proletariato postindustriale»⁷³.

A differenza di Garland, secondo il quale il ridimensionamento del *Welfare State* e la cultura del controllo sarebbero due risposte parallele ed indipendenti alle questioni sollevate dalla tarda modernità⁷⁴, Wacquant argomenta che la dismissione dello «stato balia» costruito intorno al patto sociale fordista –

68 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 275 ss.

69 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 289 ss.

70 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 291.

71 D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 294.

72 L. WACQUANT, *La disciplina produttiva: fisionomia essenziale dello stato neoliberale*, in *aut aut*, 346/2010, 38, trad. it. dell'ultimo capitolo di L. WACQUANT, *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham and London, 2009, 304.

73 L. WACQUANT, *La disciplina produttiva*, cit., 14.

74 Per questa lettura di Garland, cfr. L. WACQUANT, *Punishing the Poor*, cit., 19. Cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 199, 288, 316-318.

keynesiano sarebbe avvenuta attraverso due linee strategiche interconnesse, per un verso il potenziamento dell'apparato repressivo, per un altro il riassetto delle politiche sociali secondo una logica punitiva ed escludente che distingue i poveri meritevoli da quelli non meritevoli: come nel XVII secolo l'assistenza ai bisognosi e le case di lavoro sarebbero state accomunate dall'obiettivo di inculcare i nuovi valori della nascente società borghese⁷⁵, così nel XXI secolo il carcere e il drastico taglio delle c.d. spese sociali improduttive si affiancherebbero in un più ampio progetto di regolamentazione della povertà⁷⁶.

Pertanto, l'inasprimento della penality e lo smantellamento del *Welfare State* sarebbero due facce della stessa medaglia⁷⁷, essendo entrambi la conseguenza della ristrutturazione dello Stato in senso neoliberale⁷⁸. Ciò risponderebbe a una consapevole strategia politica delle classi dominanti, che per un verso impone alla classe medio-bassa le condizioni del lavoro precario e sottopagato, per un altro criminalizza la povertà per attribuire alle fasce più fragili la responsabilità «del disordine sociale e morale propagatosi nelle città»⁷⁹. Per dirla con Zygmunt Bauman, lo Stato offre l'ordine nelle strade al posto della sicurezza sociale⁸⁰.

Tra i rilievi critici mossi a Wacquant c'è quello di «iperdeterminismo strutturale», ossia di aver stabilito una connessione stringente tra l'assetto neoliberale e l'espansione della repressione penale che non si riscontrerebbe in tutti i paesi capitalistici⁸¹.

Più prudentemente, altri studiosi hanno rimarcato che «né l'economia, né la cultura, né l'ideologia sono i determinanti fondamentali della realtà sociale», perché sarebbe l'insieme di questi fattori a condizionare le pratiche penali e a venirne a sua volta influenzato⁸². Si dovrebbe pertanto considerare l'interazione reciproca tra le variabili politico-economiche e l'approccio culturale ai problemi della criminalità che diventa egemonico in un determinato momento storico. Andrebbe anche valorizzato il contesto

75 Cfr. § 2.

76 L. WACQUANT, *La disciplina produttiva*, cit., 17 ss.; L. WACQUANT, *Neoliberal penalty at work*, cit., 117.

77 L. WACQUANT, *La disciplina produttiva*, cit., 20-21.

78 L. WACQUANT, *La disciplina produttiva*, cit., 36 e 39.

79 L. WACQUANT, *La disciplina produttiva*, cit., 32. Cfr. L. WACQUANT, *Neoliberal penalty at work*, cit., 118.

80 Z. BAUMAN, *Oltre la globalizzazione*, cit., 129 ss.

81 M. GELARDI, *Dominio dei corpi, stato penale e dominio sulla cittadinanza. Riflessioni sul dibattito*, in *aut aut*, 346/2010, 140 ss., a conclusione di una serie di interventi sulle tesi di Wacquant ai quali si rinvia.

82 M. CAVADINO, J. DIGNAM, *Penal Systems*, cit., 12 ss. Su questo approccio, M. PAVARINI, *Governare la penality*, cit., 39 ss., 70 ss.

di organizzazione politico-burocratico in cui si prendono le decisioni e si vagliano le domande di punizione provenienti dalla collettività. Infatti, i sistemi elettorali proporzionali porterebbero alla formazione di governi di coalizione nei quali le decisioni dipendono da complesse mediazioni tra le forze politiche piuttosto che dal consenso popolare, mentre quelli maggioritari favorirebbero una contrapposizione più aspra delle forze politiche e la propensione a fornire risposte immediate all'elettore e alla sua eventuale richiesta di sicurezza. Inoltre, l'impatto delle credenze egemoniche e delle domande di sicurezza sarà minore laddove esiste un forte apparato burocratico slegato dal potere politico (ad esempio, una magistratura non elettiva).

Sulla scorta di queste coordinate, si è osservato che in Italia la fase della decarcerizzazione (1947-1990) corrisponde sostanzialmente alla c.d. prima Repubblica, quell'esperienza politica caratterizzata da un sistema elettorale proporzionale, da governi di coalizione deboli, ma allo stesso tempo dalla condivisione di alcuni valori di fondo da parte delle forze politiche⁸³. La contrapposizione che, a partire dal 1994, caratterizza la seconda Repubblica è stata invece accompagnata da un panico securitario che ha posto il problema penale al centro del dibattito pubblico, del quale una politica sempre più polarizzata si è fatta (malamente) interprete⁸⁴.

5. *La dimensione del dover essere.*

In tutto questo, c'è anche la dimensione del dover essere⁸⁵. A detta di alcuni, il *boom* penitenziario statunitense sarebbe stato favorito anche da una Costituzione scarsamente garantista, che avrebbe consentito a un sistema politico iper-maggioritario di creare un sistema penale caratterizzato non solo dagli elevati tassi di incarcerazione che conosciamo, ma anche dalla pena di morte, dall'ergastolo senza possibilità di rilascio anticipato, dall'imputabilità minorile fissata a 10 oppure a 12 anni, dai giudici elettivi, dalle severissime leggi contro i recidivi, e così via⁸⁶.

Non va quindi sottovalutata l'importanza di un contesto ordinamentale come il nostro, nel quale il principio rieducativo (art. 27, comma 3, Cost.) si sposa con il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine

83 Basti ricordare che l'art. 27, c. 3, Cost. rappresentò la sintesi «tra il solidarismo personalistico cristiano e il solidarismo sociale marxista»: così, F. PALAZZO, *La rieducazione*, cit., 5.

84 M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 39 ss., 56 ss.

85 Sulla quale insiste giustamente S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 205 ss.

86 M. TONRY, *Alle radici*, cit., 110 ss.

economico e sociale che limitano l'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.)⁸⁷; le carceri rientrano in quelle formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'uomo (art. 2 Cost.)⁸⁸; è punita ogni forma di violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà (art. 13, comma 4, Cost.)⁸⁹; le pene non possono essere contrarie al sentimento di umanità (art. 27, comma 3, Cost.)⁹⁰.

Anche se i «principi costituzionali sulla pena non sono verità rivelate»⁹¹, essendo il concetto di rieducazione suscettibile di letture più o meno pregnanti⁹², una plausibile interpretazione del quadro costituzionale porta a una drastica riduzione dell'universo carcerario⁹³, se non addirittura alla sua abolizione⁹⁴, perché si tratterebbe di un'istituzione strutturalmente incompatibile con l'obiettivo dell'inclusione sociale sotteso allo Stato sociale di diritto.

A dire il vero, i Costituenti non furono di questo avviso perché il dibattito parlamentare fu essenzialmente dominato dal timore, espresso soprattutto dai penalisti di orientamento moderato (Girolamo Bellavista, Giuseppe Bettiol, Giovanni Leone, Aldo Moro), che il principio rieducativo rappresentasse una concessione al positivismo criminologico⁹⁵.

A questa posizione, che insisteva sulle finalità (ideologicamente, direbbero i revisionisti) attribuite alla pena, non seppe contrapporsi un'articolata proposta riformista in grado di aprire un varco sui problemi concreti dell'esecuzione penale. A parte un provocatorio emendamento dal chiaro sapore

87 Per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 175-176.

88 Da ultimo, F. MALZANI, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Torino, 2022, 1 ss.

89 Si tratta dell'unico obbligo esplicito di incriminazione presente nel testo costituzionale, suggerito dalla «consapevolezza degli arbitri e delle violenze che, soprattutto da parte della polizia, erano stati perpetrati sotto il regime fascista»: così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Milano, 2001, 504, e di seguito l'analisi del valore giuridico di tale obbligo.

90 Cfr. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 92 ss.

91 E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 28.

92 Per una rassegna delle opinioni in materia, G. GENTILE, *Il carcere e l'idea dello scopo*, cit., 116 ss.

93 Cfr. ad es. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 218 ss.; E. DOLCINI, *La pena nell'ordinamento italiano, tra prevenzione e repressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 408.

94 Così, M. PAVARINI, *Corso di Istituzioni di diritto penale*, cit., 31 ss., 40 ss.

95 Sul punto, P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954, 184 ss.; G. NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest. Crim.*, 1976, 326; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., 74; G. FIANDACA, *Art. 27, 3° comma*, cit., 226-227.

positivista («Le sanzioni penali hanno soltanto scopo curativo e educativo, secondo i casi e le necessità, e devono essere a tempo indeterminato»)⁹⁶, ci si limitò ad osservare che «la pena, di per se stessa, non può tendere alla rieducazione, ma è l'ambiente in cui la pena si sconta che può rieducare il condannato», e che quindi il principio rieducativo avrebbe dovuto essere formulato in questo modo: «L'ambiente carcerario deve essere organizzato conformemente al bisogno sociale di rieducazione del condannato. Nessun trattamento può essere contrario al senso di umanità»⁹⁷.

Più radicale era stata la proposta di porre un limite massimo di quindici anni alle pene restrittive della libertà personale, perché superato questo limite esse sarebbero state «fonte di abbruttimento progressivo»⁹⁸. Ma a questa proposta Aldo Moro obiettava che la rieducazione del reo «si compie attraverso la detenzione», e che non poteva essere la Costituzione a determinare «fino a che punto la pena debba punire allo scopo di emendare»⁹⁹.

Eppure non sfuggiva a nessuno dei Costituenti la triste realtà del carcere, spesso per averla sperimentata in prima persona¹⁰⁰, tant'è che lo stesso Bettiol aveva affermato tra gli applausi dell'Assemblea: «*Sunt lacrymae rerum*. È veramente il pianto delle cose se si pensa alla situazione dei nostri stabilimenti carcerari, in cui, in condizioni inumane, trova esecuzione la pena»¹⁰¹.

Forse l'essere contava di più del dover essere, visto che a Bellavista suonava ironico sentir parlare di rieducazione del condannato «allo stato della nostra miseria carceraria»¹⁰². Oppure si pensava di trasformare l'essere trovando «qualche miliardo per costruire case di pena più decenti, più

96 L'emendamento decadde perché l'on. Persico che lo aveva proposto non si presentò alla seduta del 15 aprile 1947: cfr. *Atti dell'Assemblea costituente*, vol. III, Roma, 1947, 2878.

97 Così la proposta dell'on. Maffi, come modificata dall'on. Pertini (*Atti dell'Assemblea costituente*, vol. III, cit., 2883-2884, seduta del 15 aprile 1947).

98 Così l'on. Terracini, che assieme al collega Nobile aveva presentato la proposta che fu discussa in sede di Commissione per la Costituzione nella seduta del 27 gennaio 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, vol. I, Roma, 1947, 184.

99 *Atti dell'Assemblea costituente*, vol. I, cit., 184 (seduta del 27 gennaio 1947).

100 Come ad esempio l'on. Bastianetto, che propose nella seduta del 15 aprile 1947 la seguente formulazione dell'art. 27 comma 3 Cost.: «Nella esecuzione delle pene si deve aver riguardo soprattutto al rispetto della persona umana» (*Atti dell'Assemblea costituente*, vol. III, cit., 2879).

101 *Atti dell'Assemblea costituente*, vol. III, cit., 2499 (seduta del 26 marzo).

102 *Atti dell'Assemblea costituente*, vol. III, cit., 2514 (seduta del 26 marzo). Un'analoga professione di realismo si riscontra in P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, cit., 197 (cfr. anche il suo intervento alla seduta del 25 gennaio 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, vol. I, cit., 181).

umane»¹⁰³, come affermava Giovanni Leone mentre si lanciava in una lode del *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena* del 18 giugno 1931, sebbene si trattasse di un provvedimento impregnato dei tratti autoritari del regime che lo aveva emanato¹⁰⁴. Del resto lo stesso Aldo Moro, che da Presidente del Consiglio si era speso molto per l'approvazione dell'Ordinamento penitenziario, spiegava ai suoi studenti dell'anno accademico 1975/1976 che la rieducazione del condannato era perfettamente compatibile con una concezione etico-retributiva della pena, e che gli insuccessi del carcere erano il frutto «di un sistema punitivo non ben congegnato, non bene ispirato, non bene animato»¹⁰⁵.

L'idea che la giustizia passi attraverso l'inflizione di una sofferenza a chi ha trasgredito è antica quanto il mondo e può spiegare le difficoltà che incontra l'abbandono della monocultura del carcere¹⁰⁶. Ma la Costituzione e le Carte internazionali forniscono non solo principi giuridicamente vincolanti¹⁰⁷, ma anche argomenti che fanno da argine a quei discorsi pubblici di stampo securitario improntati alla «tolleranza zero»¹⁰⁸. Forse la rieducazione del condannato è l'ennesima promessa non mantenuta, ma almeno ci ricorda che un altro futuro è non solo possibile¹⁰⁹, ma anche doveroso.

103 *Atti dell'Assemblea costituente*, vol. III, cit., 2560 (seduta del 27 marzo).

104 Una dettagliata analisi in O. VOCCA, *Il carcere*, cit., 73 ss.

105 A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari, 2005, 123.

106 F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra tradizione attualità. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, 526 ss.

107 Cfr. la giurisprudenza costituzionale in materia di ergastolo, di preclusioni ai benefici penitenziari e di c.d. carcere duro (puntuali riferimenti in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2022, 21 ss., 742 ss., 833 ss). Un recente quadro di sintesi sui rapporti tra la funzione rieducativa e la dinamica della pena, dalla comminatoria editale all'esecuzione, in M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi*, cit., p. 16 ss. Si ricordi poi la celebre sentenza *Torreggiani and others v. Italy*, 8 gennaio 2013, sulla questione del sovraffollamento carcerario (ma la Corte edu su trova spesso a decidere sui diritti dei detenuti: per una rassegna aggiornata, cfr. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Prisoners' rights*, 31 agosto 2022, in https://echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_ENG.pdf)

108 Ritiene che la giurisprudenza costituzionale sia in grado di resistere alla cultura del controllo, 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*, Napoli, 2006, 169 ss.

109 Come conclude D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 323 ss.

CARMEN DI CARLUCCIO
AL DI LÀ DELLE SBARRE
Rieducare attraverso il lavoro

SOMMARIO: 1. Il lavoro tra microcosmo carcerario e macrocosmo costituzionale. Rieducare attraverso il lavoro. 2. Vecchio e nuovo nel lavoro carcerario: l'applicazione tardiva e parziale del dettato costituzionale. 3. Persistenti scollamenti e aperture giurisprudenziali. La (in)giusta retribuzione nel lavoro a favore dell'amministrazione penitenziaria. 4. Ripensare il lavoro in carcere.

1. Il lavoro riveste un ruolo fondante nel microcosmo carcerario quale luogo dell'ordinamento costituzionale.

Non più «impermeabile e isolato dalla società libera»¹, il carcere è – o dovrebbe essere – una formazione sociale che, per quanto coattiva e tendenzialmente totalizzante, riconosce e garantisce l'inviolabilità dei diritti fondamentali, *in primis* il lavoro, in funzione dello sviluppo della personalità dei detenuti². Tale affermazione dischiude due diverse prospettive, sinergiche e complementari: l'una manifesta nell'art. 27, co. 3, Cost., l'altra sottesa all'intera trama costituzionale e, più specificamente, al complesso dei principi fondamentali³.

Quanto alla prima, viene in rilievo, insieme al principio di umanizzazione della pena, il fine della rieducazione del condannato cui la stessa deve

1 G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 43 ss.

2 Sulla nozione di *istituzione totale* come istituzione che, attraverso un regime chiuso e formalmente amministrato, ingloba e regola l'intera esistenza di coloro che vi risiedono e lavorano, esaurendo in sé tutta la loro esperienza sociale v. E. GOFFMAN, *Le istituzioni totali: meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1968 (traduz. it. curata da F.O. Basaglia: *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, 1961). Per una riflessione sul rilievo assunto dal lavoro all'interno di un'altra istituzione totale per eccellenza, il manicomio, sia consentito il rinvio a C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale. Dentro e fuori l'istituzione*, Napoli, 2022, spec. sez. I.

3 V., per tutti, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, e ID., *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014.

tendere e, quindi, il diritto – e il dovere, in forza del principio di solidarietà – del detenuto a un percorso di reinserimento sociale e di recupero che trovi nel carcere un nuovo inizio, un punto da cui “ripartire”⁴. In questa dimensione rieducativa il lavoro costituisce un elemento primario del trattamento penitenziario che, attraverso «il rispetto della dignità della persona», secondo «modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione»⁵, risponde «ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggia(re) le attitudini e valorizza(re) le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale»⁶. Ecco perché l'ordinamento penitenziario (d'ora in poi o.p.) prescrive che sia assicurata, salvo casi di impossibilità, un'occupazione lavorativa al condannato e all'internato⁷.

Se si volge lo sguardo al di là del cono di luce dell'art. 27, co. 3, Cost. emerge la seconda prospettiva sopra evocata: i diritti costituzionali fondamentali sono patrimonio della persona umana e devono essere riconosciuti anche – anzi, a maggior ragione – nella condizione di vulnerabilità che connota la vita carceraria⁸. Piuttosto, «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»⁹. L'inviolabilità dei diritti esige che l'eventuale compressione sia puntualmente giustificata dalle (e proporzionata alle) effettive necessità del trattamento penitenziario¹⁰ e preservi la dignità dei detenuti.

4 G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, I, 187 ss., spec. 198.

5 Art. 1, co. 1, l. 26 luglio 1975, n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (d'ora in avanti o.p.).

6 Art 13 o.p.

7 Art. 15 o.p.

8 I detenuti restano titolari di situazioni giuridiche soggettive analoghe a quelle delle persone libere, come si legge nell'art. 1, co. 3, o.p.: «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali».

9 Corte cost. 24 giugno 1993, n. 349. Sulla necessità di non considerare i diritti dei detenuti un “residuo”, ma un «nucleo intangibile di posizioni soggettive» v., per tutti, S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, Napoli, 2018.

10 Cfr. M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2021, 6, 253 ss.; ID., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 2016, 3, 1 ss., il quale rileva come in tal modo operi, anche in carcere, il principio della massima espansione della libertà, secondo l'intuizione di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41.

La dignità, in quanto nucleo essenziale e irriducibile dei diritti fondamentali e, per quanto qui di specifico interesse, valore ultimo dell'insieme delle norme costituzionali sul lavoro, rappresenta lo strumento chiave per porre rimedio alla particolare vulnerabilità dei detenuti e, in tal modo, conseguire gli obiettivi di reinserimento sociale¹¹.

Peraltro è la stessa dignità della persona che, coinvolgendo il principio personalistico, impone che la funzione della pena si legittimi attraverso la finalità rieducativa e che si collochino in secondo piano le ulteriori funzioni pure assegnate alla stessa (anzi alle pene: tutte, non solo quella detentiva)¹². Siffatte funzioni, ispirate a logiche securitarie e custodialistiche, non possono che cedere il passo a fronte del riconoscimento dell'esistenza di un "diritto" alla rieducazione e alla realizzazione della personalità del detenuto; diritto disvelato (anche) dalla giurisprudenza costituzionale negli anni '90¹³. L'aggancio alla dignità scongiura così il rischio di mere strumentalizzazioni dell'individuo per fini generali di politica criminale, bisogni collettivi di stabilità e sicurezza o, ancora, istanze retributive¹⁴.

La funzionalità reciproca tra diritti fondamentali e finalità rieducativa della pena è chiara: il reinserimento sociale presuppone il rispetto del li-

11 Sul punto v. F. MALZANI, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Torino, 2022. Sul rilievo della dignità umana nel contesto del carcere v. anche M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., *passim* ma spec. 5 ss.; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 2; G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Diritto e Società*, 2015, 1 ss.

12 L'art. 27 Cost. declina il termine "pena" al plurale, rifiutando l'equazione pena è uguale a carcere (ben radicata nella percezione sociale), e la parola "condannato" al singolare, escludendo una spersonalizzazione del destinatario della sanzione. Sulla lettura evolutiva del concetto di rieducazione e sul progressivo assestamento della riflessione sui rapporti tra le diverse finalità delle pene v. A. AVERARDI, *La Costituzione «dimenticata». La funzione rieducativa della pena*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1, 145 ss.; I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in *Rivista AIC*, 2014, 2, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2014, 2, 1 ss.

13 Cfr., per tutte, Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313. Su tale «radicale svolta» v. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica*, cit., 6.

14 Questo aspetto fu oggetto di controverse interpretazioni già in sede costituyente: v., *ex multis*, E.A. BERNABEI, *Il problema della pena nel codice, nella Costituzione e nel progetto preliminare di riforma*, in *Giustizia penale*, 1951, 56, I, 104 ss.; G. FIANDACA, *Art. 27, commi 3 e 4*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 225 ss.; G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 1982, 444 ss.; ID., *Funzioni e insufficienze delle pene (1961)*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, t. II, Milano, 1997, 1361 ss.

mite invalicabile della dignità che, a sua volta, si preserva nel contesto detentivo se e nella misura in cui la pena assolve a un fine rieducativo, favorisce la libera espressione della personalità del detenuto e incoraggia la costruzione di un progetto di vita nuovo. Solo l'autorealizzazione del singolo può, infatti, offrirgli una concreta opportunità di compiere scelte diverse da quella criminale e assicurare il suo ritorno in società¹⁵. Prima dell'art. 27, sono gli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione a fornire tali indicazioni: la garanzia dei diritti inviolabili, la richiesta di adempimento dei doveri inderogabili, ma anche la pari dignità sociale, l'impegno istituzionale per la rimozione delle disuguaglianze e il principio lavorista (in dialogo con gli artt. 35, 36, 41, co. 2, Cost.).

Il lavoro, fondamento della Repubblica¹⁶, «elemento eccitatore di mobilità sociale»¹⁷, rappresenta un passo essenziale verso il progressivo e pieno reinserimento della persona nel contesto sociale, mediante la partecipazione effettiva all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Nel disegno costituzionale, «primario tra i beni primari»¹⁸, il lavoro non è «mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza, bensì [...] tramite necessario per l'affermazione della personalità»¹⁹. Per questa via lo svolgimento di una attività lavorativa produce una trasformazione identitaria positiva del detenuto²⁰.

15 Cfr. M. RUOTOLO, *La libertà della persona*, cit., secondo cui il «trinomio inscindibile umanizzazione-rieducazione-libero sviluppo della personalità, [...] deve costituire il fondamento dell'impegno rivolto a consentire al singolo di "riappropriarsi della vita", sollecitandolo nell'attivazione di un processo di autorealizzazione, di autodeterminazione» (265).

16 Sul rilievo del principio lavorista nella Costituzione la bibliografia è infinita. Oltre agli autori citati nelle note che seguono v., *ex multis*, M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3, 2010, 628 ss.; M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 5 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro: 1) Disciplina costituzionale*, in *Enc. giur.*, 1989, 1 ss.

17 C. MORTATI, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 15. Sull'art. 3 Cost. quale «svolgimento» dell'art. 1 Cost. v. G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013, 22 s. e M. LUCIANI, *Radici e conseguenze*, cit., 634 s.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, 1973, § 5.

18 G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, cit., 14.

19 Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 156 s.

20 R. MAERAN, M.L. MENEGATTO, A. ZAMPERINI, *Il lavoro in carcere. Significato psicologico*, in M.G. Mattarolo, A. Sitzia (a cura di), *Il lavoro dei detenuti*, Padova, 2017, 149 ss.; K.M. ROGERS, K.G. CORLEY, B.E. ASHFORTH, *Seeing More than*

La forza dirompente del principio lavorista nel microcosmo carcerario assume così un significato che va ben oltre la configurazione del lavoro come elemento chiave del trattamento penitenziario: il lavoro è (anche) mezzo per rendere il detenuto «soggetto attivo, partecipe e responsabile»²¹ e ricucire lo strappo con la società consumatosi attraverso il reato²².

Mediante il lavoro la società libera entra in carcere e il detenuto, in veste di lavoratore, riesce ancora a sentirsi – e a essere – parte della società libera, «a rintracciare dentro di sé quelle che sono le strutture sociali disconosciute con l’atteggiamento criminoso»²³, a preservare le relazioni umane che, in quel contesto più che altrove, assumono un «effetto salvifico»²⁴.

La potenzialità rieducativa e inclusiva del lavoro trova conferma in diversi studi che evidenziano il legame diretto tra lavoro in carcere e riduzione dei tassi di recidiva²⁵: i dati sulla popolazione carceraria registrano tassi di recidiva per i detenuti non lavoratori vicini al 70%, mentre per i lavoratori-detenuti gli stessi scendono drasticamente intorno al 2%²⁶.

2. Il disegno costituzionale declinato nel contesto carcerario ne modifica le coordinate trasformandolo in un luogo diverso da quello che era stato storicamente.

Orange: Organizational Respect and Positive Identity Transformation in a Prison Context, in *Administrative Science Quarterly*, 62(2), 2017, 219 ss.

- 21 T. GUARNIER, *Libertà collettive e detenzione penale*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019, 168.
- 22 Sulla ricostruzione del legame sociale che si è lacerato con la commissione del fatto di reato v., per tutti, P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, testi del 1958 e del 2002, raccolti da L. ALICI, Brescia, 2012.
- 23 M. ISCERI, *Verso la “normalizzazione” del lavoro penitenziario. Spunti critici*, in *lalegislationepenale.eu*, 12 novembre 2018, 13.
- 24 F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., 44. Sul lavoro come «luogo dell’essere che impedisce, prima di tutto, l’isolamento umano» v. L. CORAZZA, *Il diritto del lavoro e la riscoperta della questione redistributiva*, in *Questione Giustizia*, 2019, 4, 13.
- 25 M. BHULLER, G.B. DAHL, K.V. LØKEN, M. MOGSTAD, *Incarceration, recidivism, and employment*, in *Journal of Political Economy*, 2019, 128(4), 1269 ss.; G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *Leave the door open? Prison conditions and recidivism*, in *American Economic Journal: Applied Economics*, 2022, 14 (4), 200 ss. Cfr. altresì G. FATUZZO, *Lavoro e formazione per rieducare il detenuto: a colloquio con Salvo Fleres*, in *Bollettino Adapt*, 14, 2019; Antigone, *Torna il carcere*, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione, 2017, in *antigone.it*.
- 26 S. UCCELLO, *Carcere, recidiva quasi azzerata per chi può imparare un lavoro*, Il Sole 24 ore, 11 febbraio 2023.

In questo scenario il lavoro subisce una mutazione genetica: cessa di essere misura (ulteriormente) punitiva – o, al più, di contrasto all’ozio²⁷ –, da affiancare alla privazione della libertà dell’autore dell’illecito penale, per acquisire la fisionomia propria del diritto-dovere su cui si fonda l’assetto della Repubblica²⁸. Un cambiamento significativo, questo, che si riverbera anche con riguardo alle modalità di svolgimento dell’attività lavorativa e al ruolo dei soggetti che lavorano, che non debbono più essere qualificati detenuti-lavoratori, ovvero persone ristrette nella libertà personale che prestano un’attività lavorativa, bensì lavoratori-detenuti, ovvero lavoratori limitati solo nella libertà personale²⁹.

Invero questo cambio di paradigma “promesso” dalla Carta costituzionale è rimasto per lungo tempo solo sulla carta e, a tutt’oggi, risulta essere non pienamente realizzato³⁰.

Solo nel 1975, con la legge di riforma dell’ordinamento penitenziario, l’idea di lavoro forzato e punitivo che connotava la normativa e la prassi penitenziaria pre-repubblicana viene messa in discussione. La legge, pur mantenendo l’obbligatorietà del lavoro dei detenuti – superata nel 2018 – finalmente lo affranca da ogni connotato di afflittività (come espressamente affermato nell’art. 20, co. 2, o.p.), conferendogli il ruolo di strumento di rieducazione e di reinserimento della persona (art. 1, o.p.).

Qualche anno più tardi, sempre nella direzione di ammodernamento del lavoro carcerario, la l. n. 663/1986 interviene a promuovere gli strumenti di de-carcerizzazione, compreso il lavoro all’esterno del carcere, rimuovendo l’obbligo di scorta da parte della polizia e riconducendo al rapporto tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza la definizione dei profili contenutistici e operativi del lavoro esterno. Per il lavoro intra-

27 Per una critica alla concezione del lavoro quale “antidoto all’ozio”, a lungo diffusa, anche negli anni successivi all’introduzione della Costituzione, v. M. PAVARINI, *La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell’ordinamento penitenziario*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere “riformato”*, Bologna, 1977, 108 ss.

28 G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 143. Per un’evoluzione storica del lavoro carcerario cfr. V. LAMONICA, *Profili storici del lavoro carcerario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, 3, 43 ss.; A. MARCIANÒ, *Il lavoro dei detenuti: profili interdisciplinari e prospettive di riforma*, in *WP Adapt*, 2014, 167, 3 ss.

29 Sul punto cfr. G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015. Ma già G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo*, cit., 156, e M. PAVARINI, *La nuova disciplina*, cit., 131.

30 P. FARAGUNA, M. GIALUZ, *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, Bologna, 2012.

murario la legge stabilisce che, ai fini dell'assegnazione al lavoro si deve tener conto anche dei «desideri ed attitudini» dei detenuti e che le direzioni degli istituti penitenziari possono, previa autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia, vendere prodotti delle lavorazioni penitenziarie «a prezzo pari o anche inferiore al loro costo, tenuto conto, per quanto possibile, dei prezzi praticati per prodotti corrispondenti nel mercato all'ingrosso della zona in cui è situato l'istituto»³¹.

Diverso l'approccio assunto dalla l. 12 agosto 1993, n. 296 che, nell'ottica di valorizzare la qualificazione professionale della forza lavoro detenuta e favorirne l'accesso al lavoro, ha previsto la possibilità per i soggetti pubblici o privati di tenere corsi di formazione professionale e di gestire lavorazioni direttamente all'interno degli istituti penitenziari. In particolare, ha consentito all'amministrazione penitenziaria di affidare la «direzione tecnica» di sue lavorazioni «con contratto d'opera» a persone esterne, «le quali curano anche la specifica formazione dei responsabili delle lavorazioni e concorrono alla qualificazione professionale dei detenuti, d'intesa con la regione»; di «istituire, a titolo sperimentale, nuove lavorazioni, avvalendosi, se necessario, dei servizi prestati da imprese pubbliche o private ed acquistando le relative progettazioni»; di prendere commissioni di forniture di beni per conto di privati, con possibilità di «effettuare pagamenti differiti»³².

In questo sfondo si è inserita la l. 22 giugno 2000, n. 193, c.d. legge Smuraglia, che ha accolto le diverse tipologie di individui che gravitano nell'area dell'esecuzione penale tra i «soggetti svantaggiati» che possono essere reclutati da aziende pubbliche e private (per attività all'interno degli istituti penitenziari) fruendo di una cospicua riduzione del costo del lavoro³³. Già la l. 8 novembre 1991, n. 381, *Disciplina delle cooperative sociali*, aveva incluso, all'art. 4, i detenuti ammessi alle misure alternative alla detenzione tra le «persone svantaggiate», chiamate a costituire almeno il 30% della forza lavoro delle cooperative sociali di tipo B, aprendo in questo modo un primo varco a nuove opportunità di lavoro per i detenuti, a fronte del cui impiego riconoscere incentivi fiscali (credito d'imposta, sgravi contributivi).

31 Art. 20 o.p., come novellato dall'art. 5 della l. n. 663/1986, c.d. legge Gozzini.

32 Art. 20-bis o.p.

33 Sui benefici per chi assume i detenuti v. G. DE LUCA, *Lavoro dei detenuti ed incentivi contributivi e fiscali*, in M.G. Mattarolo, A. Sitzia (a cura di), cit., 127 ss.; F. LOMBARDO, *Detenzione, lavoro e agevolazioni (non solo) contributive: un'opportunità per le imprese*, in *Bollettino Adapt*, 39, 14 novembre 2022, F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., 97 ss.

Questo meccanismo di incentivi è stato poi ulteriormente rafforzato dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78 e dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, ma continua a “privilegiare” il contesto del non *profit* e le attività intramoenia; ad esso si affiancano le agevolazioni riconosciute da altre fonti normative quando intersecano la condizione di detenuto o di *ex* detenuto (come, ad esempio, il pacchetto garanzia giovani, gli incentivi per l’assunzione di lavoratori disabili o la nuova misura GOL del PNRR).

Il d.lgs. n. 124/2018 completa la riforma del lavoro carcerario, trasformando – finalmente – l’obbligo di lavorare in diritto³⁴. Il decreto interviene su due istituti chiave del lavoro carcerario, compiendo delle scelte che non sembrano essere pienamente conformi al dettato costituzionale: con riguardo alla remunerazione, si elimina il riferimento alla mercede e si stabilisce la quantificazione in una misura fissa, pari a due terzi del trattamento economico dei contratti collettivi; si eleva il lavoro volontario e gratuito da parte dei detenuti e degli internati nell’ambito di progetti di pubblica utilità a fattispecie autonoma e distinta dal lavoro esterno (svolgibile anche all’interno degli istituti penitenziari, sempreché non abbia a oggetto la gestione o l’esecuzione dei servizi d’istituto). Sulla remunerazione si ritornerà più avanti, ma è qui il caso di rimarcare che la partecipazione a progetti di pubblica utilità, configurata come un elemento del trattamento rieducativo *ex* art. 15 o.p., sembra rispolverare «l’idea del lavoro carcerario come forma, se non di vera e propria espiazione, di lotta all’ozio, senza alcun tipo di corrispettività», in contrasto con la finalità rieducativa ed emancipatoria del lavoro remunerato³⁵.

Diviene elemento autonomo del trattamento penitenziario anche la formazione professionale.

Com’è evidente, gli interventi di riforma che si sono susseguiti a partire dal 1975, per quanto ispirati a logiche di politica carceraria diverse, da un lato, risultano accomunati dall’obiettivo di incrementare le opportunità di lavoro per i detenuti e, dall’altro, sottolineano lo sforzo compiuto dal legislatore verso la tendenziale equiparazione tra lavoro penitenziario e lavoro libero. Uno sforzo sollecitato dal contesto sovranazionale: ci si riferisce *in*

34 All’obbligatorietà del lavoro era associata la specialità del contratto-rapporto: sul dibattito, che impegnò molto la dottrina lavoristica, v. M. BARBERA, *Lavoro carcerario*, in *Dig. sez. comm.*, 1992, VIII, 212 ss.; V. LAMONACA, *Il lavoro penitenziario: diritto vs obbligo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2009, 2, 49 ss.; F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., spec. 56 ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Sul requisito “antiquato” dell’obbligatorietà v. P. BRONZO, *Lavoro e risocializzazione*, in *lalegislazonepenale.eu*, 12 novembre 2018, 4.

35 F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., 117.

primis alla regola 26 dell'*European Prison Rules* del Consiglio d'Europa del 2006³⁶ che, appunto, rimarca l'equiparazione tra lavoro carcerario e lavoro libero, l'importanza del riconoscimento del diritto al lavoro per favorire il reinserimento del detenuto, la necessità che vi sia un'equa remunerazione, il rispetto di vincoli di orario e una copertura assicurativa e previdenziale.

Tali linee trovano riscontro nella giurisprudenza costituzionale.

La giurisprudenza è stata determinante innanzitutto sul versante della ridefinizione delle tutele in relazione al diritto al riposo annuale retribuito per chi lavora per l'amministrazione penitenziaria. Escluso dal testo originario dell'art. 20 o.p. (e recepito nel 2018), che assicurava il solo riposo festivo, l'omissione legislativa è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 158 del 2001. Il percorso motivazionale tracciato dal Giudice delle leggi – che sembra costruire un «archetipo» del bilanciamento che il legislatore deve operare quando limita i diritti dei detenuti³⁷ –, è condizionato dal principio lavorista e dalla correlata esigenza costituzionale che le differenziazioni tra lavoro penitenziario e lavoro libero siano esclusivamente quelle imposte dalla condizione detentiva (e possano tradursi in adattamenti, sotto il profilo delle modalità di forma e di tempo, nella fruizione dei diritti, ma non anche in disconoscimenti).

A ulteriore conferma della necessità costituzionale di assimilare, quanto più possibile, il lavoro penitenziario al lavoro libero, la sentenza n. 341 del 2006 dichiara l'incostituzionalità dell'allora vigente art. 69, co. 6, lett. a dell'o.p. nella parte in cui prevede(va) la competenza del magistrato di sorveglianza a giudicare sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali. Venuta meno, per mezzo della dichiarazione d'incostituzionalità, la competenza del magistrato di sorveglianza, la tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore-detenuto è tornata a essere affidata al giudice del lavoro.

36 Le Regole penitenziarie europee, adottate dal Consiglio d'Europa in forma di raccomandazione l'11 gennaio 2006, sono state revisionate il 1° luglio 2020. Al riguardo v. E. VALENTE SARDINA, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità*, in *Diritto penale e uomo*, 2020, 10, 1 ss.

37 In questi termini S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 200. La limitazione di un diritto costituzionale, per essere tollerabile, può essere portata «fino al punto di estrema tensione», purché «non produca il suo totale sacrificio, [...] non pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere» (in questi termini, sul bilanciamento tra diritti, F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 101).

Più di recente, sempre alla ricerca di un equilibrio tra le esigenze preventive connesse alla repressione del fenomeno criminale e l'imperativo che tale contrasto alla criminalità avvenga nel rispetto dei principi di civiltà giuridica, si muove la pronuncia della Corte costituzionale n. 197/2021³⁸. Per quanto qui di interesse, essa si segnala per la riaffermazione del principio per cui la compressione dei diritti fondamentali della persona deve rispondere a rigorosi criteri di necessità e di proporzione e non può mai tradursi in limitazioni tali da violare la dignità della persona umana, che rimane valore imprescindibile e baricentrico nel bilanciamento degli interessi in gioco, così che la sua intangibilità si pone come limite invalicabile, sia per il legislatore sia per l'amministrazione e il giudice. Ciò anche quando un interesse pubblico presenti un grado di intensità tale da prevalere sull'interesse dell'individuo all'integrale tutela di taluno dei suoi diritti fondamentali.

3. La definizione della "specialità" del lavoro dei detenuti nelle norme e nell'interpretazione giurisprudenziale, insieme alla concreta articolazione dello stesso nella prassi carceraria, ci restituiscono la misura del (parziale) tradimento delle "promesse" della Carta costituzionale³⁹.

Si muove dalla premessa che la "specialità" non risiede nel tipo, né nell'area della qualificazione: al di là delle controverse origini (contrattuali o legali) del rapporto si riconosce ormai pacificamente natura subordinata al lavoro carcerario, in ragione della sussistenza degli elementi tipici della subordinazione (l'obbligo di una prestazione di fare, l'esecuzione della prestazione alle dipendenze e sotto la direzione della controparte datrice di lavoro⁴⁰; l'obbligo di eseguire la prestazione con diligenza e obbedienza; la continuità o la disponibilità nel tempo del prestatore all'impresa altrui; l'onerosità). Da questo dato dovrebbe discendere per

38 F. FIORENTIN, *Il "carcere duro" e gli internati in misura di sicurezza: qualche riflessione a margine di Corte cost. n. 197/2021*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2021, 50 ss.

39 La rinneazione "pratica" di diritti formalmente già riconosciuti ai detenuti (o anche ad essi) è una condizione denunciata con forza in dottrina. V., per tutti, F. BRICOLA, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, 9, e in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, che parla di una effettività di tipo "rinneante" della normativa vigente in materia di ordinamento penitenziario.

40 Si è in proposito osservato che «siamo di fronte non solo ad una subordinazione tecnico-funzionale ma anche ad una debolezza per così dire esistenziale»: I. PICCININI, *Il lavoro dei detenuti: riflessioni introduttive*, in *legislazionepenale.eu*, 12 novembre 2018, 2.

il lavoratore-detenuto il godimento, quale che sia il datore di lavoro, di tutte le tutele riconosciute al lavoratore subordinato, configurandosi il lavoro penitenziario “lavoro in senso stretto”, tutelato «in tutte le sue forme e applicazioni» ex art. 35, co. 1, Cost.⁴¹.

Eppure molteplici sono i profili di specialità che emergono nella concreta applicazione della disciplina protettiva correlata allo *status* del lavoratore-detenuto, al contesto in cui la prestazione lavorativa viene posta in essere, alla convivenza del rapporto sanzionatorio con quello di lavoro e delle esigenze rieducative con quelle di sicurezza⁴².

Uno dei profili che maggiormente palesa la “specialità” del lavoro penitenziario è rappresentato dall’impossibilità di garantire il diritto di scelta dell’attività lavorativa da parte del lavoratore-detenuto. È l’amministrazione penitenziaria – che opera attraverso l’apposita commissione (art. 20, co. 4) – ad assegnare al lavoro i detenuti, formando due elenchi, uno generico l’altro per qualifica, «tenendo conto esclusivamente dell’anzianità di disoccupazione maturata durante lo stato di detenzione e di internamento, dei carichi familiari e delle abilità lavorative possedute e, privilegiando, a parità di condizioni, i condannati» (art. 20, co. 5, lett. a).

Mentre appare indispensabile riconoscere un ruolo significativo all’amministrazione penitenziaria nel gestire la distribuzione del lavoro, risulta essere poco convincente la individuazione dei criteri per procedere all’assegnazione. Al riguardo il d.lgs. n. 124/2018, intervenendo sulla formulazione originaria della disposizione, che richiedeva si tenesse conto «dei loro desideri e attitudini nonché delle precedenti attività e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione», compie un passo indietro rispetto all’implementazione del dettato costituzionale. La revisione del testo, con una visione miope, spegne lo sguardo al futuro cui si apriva la disposizione originaria preoccupandosi di assegnare il lavoratore-detenuto a una attività lavorativa che potesse svolgere anche una volta terminata l’espiazione della pena⁴³. La

41 Il dettato ex art. 35 Cost. trova nel carcere la sua essenza: la tutela del lavoro in tutte le sue forme assume una speciale “finalità sociale e civile” perché prefigura il reinserimento del detenuto: così G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, 53 ss.

42 Cfr. I. PICCININI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., 3.

43 La revisione del testo del 1975 evidenzia una «limitatezza di visione in merito al percorso professionale, rispetto “a un prima e a un dopo” la detenzione, che andrebbe recuperata anche sulla carta, a costante memento dell’impegno delle istituzioni», al netto della scarsità di occasioni di lavoro: F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., 52.

scelta legislativa sembra così esprimere una sorta di “rassegnazione” allo stato delle cose⁴⁴, che trova conferma nel testo del co. 5, lett. c, dell’art. 20 o.p., novellato sempre nel 2018. Qui si precisa che la commissione deve stabilire criteri per l’avvicendamento nei posti di lavoro alle dipendenze dell’amministrazione, nel rispetto delle direttive emanate dal dipartimento dell’amministrazione penitenziaria: si prende atto di una prassi assai diffusa per effetto della quale, nella scarsità di offerta di lavoro, si genera un continuo *turn over* per cui i lavoratori-detenuiti si avvicendano sul medesimo posto di lavoro, «così da dare un poco a più (e comunque non a tutti)»⁴⁵. Sul punto i dati estrapolati dal Sistema SICO 2 (sistema informativo che gestisce i conti correnti dei detenuti, il sopravvittuto e le retribuzioni) evidenziano che in media l’attività lavorativa *pro capite* non supera gli 85 giorni lavorativi annui, confermando così che il lavoro carcerario si configura come un lavoro occasionale e discontinuo, un lavoro-non lavoro, pure al netto delle “specialità” sul versante delle tutele riconosciute ai reclusi.

Gli scollamenti più significativi che attraversano gli istituti lavoristici e quelli previdenziali-assistenziali si registrano nel caso di lavoro svolto alle dipendenze dell’amministrazione penitenziaria, mentre nel caso di lavoro (intramurario o extramurario) in favore di soggetti esterni è pacifico il ricorso alla disciplina protettiva, pur registrandosi un serio problema di effettività del diritto (per la scarsità delle occasioni di lavoro).

Il lavoro alle dipendenze dell’amministrazione penitenziaria si sostanzia in attività riconducibili a tre profili: attività domestiche relative alla gestione quotidiana dell’istituto penitenziario; lavorazioni industriali presso laboratori e officine presenti all’interno degli istituti; lavoro agricolo presso le colonie agricole dell’amministrazione (per coloro che abbiano particolari requisiti) o presso tenimenti agricoli presenti in alcuni istituti⁴⁶. Al di là del tipo di attività concretamente svolta, rispetto a diversi istituti continua a evidenziarsi una prevalenza delle norme dell’o.p., come in relazione alla disciplina del recesso (per la configurabilità o meno della cessazione involontaria dei periodi di fisiologica inattività nel caso di lavoro reso per l’amministrazione penitenziaria), nonché alle modalità di esercizio di alcuni diritti che incontrino un contrappeso nella sicurezza dell’istituto. Ci si riferisce, per esempio, al

44 D. CHINNI, *Il diritto al lavoro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 13.

45 D. CHINNI, *Il diritto al lavoro*, cit., 13. La novella è vista con favore, perché assicura trasparenza e imparzialità alla pratica della rotazione, da F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2018, 90.

46 Cfr. G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori*, cit., 23 ss.

diritto di sciopero, che nel lavoro inframurario (anche quando svolto a favore di terzi) può imbattersi in forme di resistenza nella sua realizzazione concreta⁴⁷.

Il profilo più critico è certamente quello che attiene alla retribuzione. Su questo versante l'equiparazione tra lavoro carcerario e lavoro libero, rimarcata anche a livello internazionale, è essenzialmente sulla carta e a questo esito ha contribuito non poco la giurisprudenza, facendo ricorso prima al criterio della natura obbligatoria connessa all'esecuzione della pena e, poi, a quello del "minore valore" dell'attività lavorativa svolta dai detenuti (sul piano della professionalità, del rendimento, della organizzabilità)⁴⁸; aspetto, quest'ultimo, che in realtà è causato da disfunzioni di cui la Repubblica dovrebbe farsi carico, secondo quanto previsto dall'art. 35, co. 2, Cost., promuovendo la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori.

Anche la giurisprudenza della Corte EDU in tema di retribuzione (e accesso ai sistemi di sicurezza sociale e previdenziale) si è connotata per un approccio minimalista, pure dopo l'adozione nel 2006 dell'*European Prison Rules* del Consiglio d'Europa.

Se l'art. 20, co. 2, o.p. afferma che il lavoro è remunerato, l'art. 22 o.p. specifica che «la remunerazione per ciascuna categoria di detenuti e internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria è stabilita, in relazione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, nella misura fissa pari ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro»⁴⁹. L'attuale formulazione è frutto della novella del 2018, intervenuta sul testo dell'o.p. del 1975, per un verso, sostituendo l'obsoleto termine "mercede" con "remunerazione" e, per l'altro, sopprimendo l'apposita commissione che, secondo la normativa previgente, doveva equitativamente stabilire, «in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro», il compenso per la prestazione dell'attività lavorativa.

47 A. GABORARDI, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, 13 ss.; G. VANACORE, *Il lavoro penitenziario e i diritti del detenuto lavoratore*, in *WP Adapt*, 2006, 22, 12.

48 F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., 175.

49 La novella ha altresì disposto espressamente che il *quantum* retributivo ridotto rispetto al lavoro libero vale solo per il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. Già la dottrina (v. M.R. MARCHETTI, *Art. 22*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV. ed., Padova, 2001, 337 s.) e poi la Corte costituzionale erano giunte allo stesso risultato in via interpretativa.

L'originaria previsione legislativa, che peraltro era rimasta congelata per decenni⁵⁰, era stata oggetto di diffuse e condivisibili critiche⁵¹, tutt'altro che placate anche nel *post* novella⁵².

Quando fu sollevata questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost., del previgente art. 22 o.p., la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 1087/1988, la dichiarò infondata facendo leva sulle «peculiarità che incidono profondamente sulla struttura del rapporto [di lavoro] e sui suoi elementi essenziali». Pur affermando che il rapporto di lavoro deve «essere protetto specie alla stregua dei precetti costituzionali (artt. 35 e 36 Cost.)», la Corte ritenne che la norma impugnata trovava giustificazione nella circostanza per cui «l'amministrazione non si prefigge né utili né guadagni; si avvale di una mano d'opera disorganica, a volte non qualificata, disomogenea, variabile per le punizioni ed i trasferimenti da stabilimento a stabilimento; i prodotti non sono sempre curati e sempre rifiniti; essi, il più delle volte, si vendono sottocosto». Conseguentemente, secondo la Corte la «specialità» del lavoro intramurario alle dipendenze dell'amministrazione rendeva costituzionalmente tollerabile una riduzione rispetto alla retribuzione riconosciuta al lavoratore libero per la medesima prestazione, perché «trattasi solo di una determinazione nel minimo, mentre non può escludersi l'osservanza del criterio della relazione con la quantità e la qualità del lavoro prestato e nemmeno possono trascurarsi, secondo il precetto costituzionale, i bisogni della famiglia di chi lavora»; è soltanto necessario che essa non sia «di gran lunga inferiore», poiché diversamente «sarebbe certamente diseducativa e controproducente». In quest'ultima ipotesi, peraltro, il lavoratore poteva sempre adire il giudice del lavoro, chiedendo la disapplicazione dell'atto determinativo della mercede adottato in violazione degli artt. 35 e 36 Cost.

50 L'importo delle retribuzioni è stato aggiornato solo nel 2017: una intollerabile inerzia dell'amministrazione penitenziaria, che ha prodotto per i detenuti un vero e proprio «danno contributivo» essendo le tutele previdenziali proporzionate alla retribuzione effettivamente percepita: G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori*, cit., 22.

51 Cfr., *ex multis*, G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori*, cit., 13 ss.; M.R. MARCHETTI, *Art. 22*, cit., 334 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, cit., 173 ss.; G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo*, cit., 152 ss.

52 La novella troverebbe fondamento nell'eliminazione dei ritardi, verificatisi nella prassi, nella determinazione del *quantum* retributivo e «copertura costituzionale» nella sentenza C. cost n. 1087 del 1988: così si legge nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo trasmesso dal Governo alle Camere il 23 marzo 2018. In dottrina sul tema v. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2018, 4 e F. FIORENTIN, *La riforma*, cit., 97.

La nuova disposizione non spegne i dubbi di legittimità, anzi li alimenta⁵³, anche alla luce della pronuncia del 1988, laddove determina la misura della retribuzione in un *quantum* predefinito, fisso, a differenza della precedente previsione che consentiva la riduzione, ma non la imponeva, e permetteva di modulare la retribuzione in ragione della quantità e qualità del lavoro, proprio come richiede l'art. 36 Cost.⁵⁴ Per di più viene meno la possibilità per il lavoratore-detenuto di adire il giudice del lavoro, a fronte di una eventuale violazione del principio di giusta retribuzione.

Inoltre occorre considerare che alla riduzione di 1/3 del trattamento economico previsto dai contratti collettivi deve aggiungersi il prelievo delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno da reato e di rimborso delle spese di giustizia, restando impignorabile una quota pari a 3/5 (art. 24 o.p.), nonché quanto dovuto per il rimborso delle spese di mantenimento⁵⁵: il che amplifica il rischio di una violazione del principio costituzionale *ex* art. 36.

A sostegno della lettura proposta sovengono i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale nella decisione del 2001 sulle ferie *supra* richiamata che offre uno stravolgimento di prospettiva tale da spazzare «ogni residuo fattore di disomogeneità che la legislazione e parte degli interpreti ancora configurano nel caso del lavoratore dipendente dell'amministrazione penitenziaria»⁵⁶.

La pronuncia n. 158/2001 muove dal riconoscimento che il lavoro nell'o.p. è «uno dei mezzi al fine del 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». Il Giudice delle leggi ha chiarito che le peculiarità derivanti dalla inevitabile connessione tra profili del rapporto di lavoro e profili organizzativi, disciplinari e di sicurezza propri dell'ambiente carcerario possono sì comportare deroghe rispetto alla regolamentazione del lavoro libero, ma che «né tale specificità né la circostanza che il datore di lavoro possa coincidere con il soggetto che sovrintende alla

53 A. ALCARO, *Aspetti giuslavoristi della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *bollettinoadapt.it*, 19 novembre 2018; M. ISCERI, *Verso la "normalizzazione"*, cit., spec. 11; G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo*, cit., spec. 153.

54 In questa prospettiva la Corte potrebbe richiamare la sua giurisprudenza che ha ritenuto costituzionalmente illegittimi gli automatismi legislativi che impedivano al giudice di valutare il caso concreto (cfr. D. CHINNI, *Il diritto al lavoro*, cit., 18), su cui v., per tutti, L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *gruppodipisa.it*, 18 settembre 2014.

55 Tali spese gravano sul detenuto in misura non superiore a due terzi del costo reale (art. 2, co. 5, o.p.).

56 Così A. MORRONE, *Il diritto alle ferie per i detenuti*, in *Giur. cost.*, 2001, 1278.

esecuzione della pena valgono ad affievolire il contenuto minimo di tutela che secondo la Costituzione ogni rapporto di lavoro subordinato deve avere». L'esecuzione della pena e il trattamento rieducativo – specifica la Corte – «non possono mai consistere in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà».

Questa apertura giurisprudenziale – confermata in pronunce successive – sembra trovare sostegno anche nella giurisprudenza di merito che, da ultimo, è intervenuta rispetto ai controversi istituti del reddito di cittadinanza e della NASPI. In particolare, in relazione alla NASPI, a fronte di un atteggiamento di chiusura preclusivo e/o fortemente limitativo finora registratosi, si sta affermando una giurisprudenza di merito favorevole all'erogazione dell'indennità di disoccupazione quando il lavoro reso a favore dell'amministrazione penitenziaria si sia interrotto per diverse ragioni, come scarcerazione, trasferimento, ammissione a misure alternative o rotazione nella distribuzione del lavoro messo a disposizione negli istituti⁵⁷.

4. I persistenti scollamenti presenti nel composito puzzle normativo e giurisprudenziale, ignorati dalla politica («il cui “stato di quiete” raggiunge apici oggettivamente imbarazzanti»)⁵⁸, si inseriscono in un sistema penitenziario che soffre di croniche e gravi carenze che vanno dall'inidoneità delle strutture carcerarie al sovraffollamento, dall'esiguità delle risorse umane operanti negli istituti di pena alle carenze sanitarie, solo per citarne alcune.

Con specifico riguardo al lavoro, il numero di detenuti che svolge un'attività lavorativa è ancora molto contenuto. Su una popolazione carceraria

57 Su tali temi cfr. G. CAPUTO, *Carcere senza fabbrica: povertà, lavoro forzato e welfare*, Pisa, 2020; M. CHIARAMONTE, *La protezione sociale dei detenuti: tra «statuto di indegnità» e diritti del cittadino*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2022, 2, 2 ss.; V. LAMONACA, *Il diritto alla Naspi del lavoratore detenuto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2020, 1, 196 ss.; F. MALZANI, *Lavoro a favore dell'Amministrazione penitenziaria e Naspi: un orientamento da ripensare*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, 2, 40 ss.

58 M. RUOTOLO, *I diritti dei detenuti nella più recente giurisprudenza costituzionale italiana*, in C. Severino, H. Alcaraz (a cura di), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité*, Aix-en-Provence, 2021, 487 ss., 501. Erano state riposte molte speranze nella iniziativa degli «Stati generali sull'esecuzione penale», promossa dal Ministero della Giustizia nel 2015, con un coinvolgimento di oltre 200 impegnati su 18 Tavoli tematici, in buona misura tradite: v. M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 marzo 2016.

di circa 54.000 unità, i detenuti lavoranti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria sono poco più del 30%, mentre quelli assunti alle dipendenze di datori esterni sono poco più di 2.000, di cui meno della metà presta attività all'interno del carcere, la restante parte lavora all'esterno.

A pesare su questi numeri esigui sono le caratteristiche del contesto carcerario, che mal si conciliano con la flessibilità e la celerità richieste nel mondo del lavoro. Si pensi alle rigide regole in materia di permessi e spostamenti o alla priorità riconosciuta ad alcune azioni rispetto al lavoro, per esempio i colloqui con gli avvocati, alle complesse dinamiche relazionali tra detenuti che possono intralciare lo svolgimento delle attività lavorative, o, ancora, all'approccio al lavoro da parte dei reclusi, frequentemente strumentale a ottenere dei permessi o altri "vantaggi" e non vissuto come un'occasione di crescita personale⁵⁹.

Inoltre, rilevano la scarsa conoscenza da parte del mondo imprenditoriale e sociale delle agevolazioni conseguenti all'assunzione di detenuti, la insufficiente considerazione delle esigenze del mercato del lavoro da parte dell'amministrazione penitenziaria, ma anche l'eterogeneità e la fragilità sociale che connotano la popolazione carceraria.

La funzione rieducativa della pena rischia, così, di perdersi nelle prassi di un'amministrazione penitenziaria complessa e reticolare⁶⁰, che nei fatti disconosce la dignità del detenuto.

Diviene allora prioritario intervenire per restituire pienezza di significato al patto costituzionale sancito con l'art. 27 e con le norme sui principi fondamentali e sul lavoro, provando a scardinare le ataviche disfunzioni presenti nel microcosmo carcerario (anche sfruttando le opportunità offerte dal PNRR⁶¹) e a rivitalizzare il lavoro dentro e fuori l'istituzione.

È evidente che occorre muovere da un'ottica che pone la persona al centro e, conseguentemente, riconosce il valore del lavoro e delle sue molteplici dimensioni racchiuse nella trama costituzionale che possono trovare piena estrinsecazione in carcere soltanto a condizione che il lavoro sia accompagnato da alcuni aggettivi: dignitoso, libero, retribuito in maniera

59 E. MAGLIA, *Economia carceraria: impresa e inclusione*, in *Impresa sociale*, 2019, 14 22 ss.

60 E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 369 ss.

61 Va positivamente rilevato lo stanziamento nel Fondo complementare al PNRR di 132,9 milioni di euro per il periodo 2022-2026, per la costruzione e il miglioramento di padiglioni e spazi per le strutture penitenziarie per adulti e minori. Cfr. d.l. 6 maggio 2021, n. 59, art. 1, co. 2, lett. g, convertito con modificazioni dalla l. 1 luglio 2021 n. 101, volto ad integrare con risorse nazionali gli interventi del PNRR per complessivi 30,6 miliardi per gli anni dal 2021 al 2026.

“giusta”, non discriminatorio. Il recupero (e la valorizzazione) di una siffatta prospettiva costituisce la preconditione perché il carcere sia *de facto* luogo dell’ordinamento costituzionale. E il perseguimento di questo obiettivo è non più posticipabile, se non altro per il rapporto di condizionamento diretto sussistente tra azioni a tutela della dignità, modernità del sistema penitenziario e successo del progetto di reinserimento.

Traslata sul lavoro alle dipendenze dell’amministrazione penitenziaria, al di là di un auspicabile intervento sulla retribuzione, la richiamata prospettiva sollecita l’adozione di procedure più trasparenti di assegnazione al lavoro, di formalizzazione del rapporto (magari in formati standard resi disponibili di concerto dai Ministeri della Giustizia e del Lavoro) e di comunicazione ai detenuti della condizione retributiva, contributiva e previdenziale, come richiesto da ultimo dal decreto trasparenza del giugno 2022, in modo da facilitare le attività di supporto e di sportello eventualmente fornite dal sindacato, dal volontariato o da altri soggetti a ciò deputati⁶².

Quanto al lavoro alle dipendenze di terzi, e ancor più il lavoro al di fuori del contesto carcerario, esso rappresenta «lo strumento più idoneo tanto per sconfiggere l’ideologia segregativa del carcere, quanto per dare un contenuto non mistificatorio al dettato costituzionale che vuole la pena rieducativa»⁶³. Se il lavoro penitenziario deve riflettere l’organizzazione e i metodi del lavoro libero, come peraltro impone lo stesso art. 20, co. 3, o.p., l’esecuzione della prestazione lavorativa all’esterno dell’istituto penitenziario, fianco a fianco con lavoratori liberi, costituisce la modalità che assicura «il minor scarto possibile con il lavoro “libero”»⁶⁴, in una «totale immersione [...] nell’ambiente lavorativo libero»⁶⁵. In questo caso il problema dal piano delle tutele nel rapporto si sposta a quello delle tutele nel mercato (libero), a fronte della bassa (per non dire quasi nulla) domanda, sollecitando interventi di dialogo con ciò che c’è al di là delle sbarre.

Allora per promuovere un approccio antropocentrico e declinarlo al meglio nei riguardi del lavoro carcerario è fondamentale avviare un confronto e uno scambio più proficuo con le realtà socio-economiche dei territori su cui impatta il carcere, anche su impulso delle istituzioni territoriali. Gli istituti penitenziari dovrebbero essere parte integrante della programmazione

62 F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., 177 s.

63 M. PAVARINI, *La nuova disciplina*, cit., 172, nt. 126.

64 V. FURFARO, *Il lavoro penitenziario: aspetti giuridici e sociologici*, in *L’altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, 2008, § 9.1, in altrodiritto.unifi.it.

65 E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), cit., 173.

sociale regionale e dei piani di sviluppo del territorio, mediante la programmazione partecipata, condivisa e integrata tra le articolazioni penitenziarie e la Regione, come suggerisce l'accordo sottoscritto in Conferenza unificata Stato-Regioni il 28 aprile 2022 tra Governo, regioni e province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali sul documento recante "Linee di indirizzo per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi per il reinserimento socio-lavorativo delle persone sottoposte a provvedimenti dell'autorità giudiziaria limitativi o privativi della libertà personale"⁶⁶.

Nella prospettiva di attivare un dialogo con il "fuori" occorre partire da un coinvolgimento più massiccio delle cooperative e imprese sociali con *mission* solidaristica, le cui caratteristiche – come testimonia la letteratura scientifica – le rendono ben attrezzate per svolgere un ruolo decisivo nella rieducazione del detenuto e per preservarne la tenuta organizzativa, talora messa a dura prova dall'ordinamento penitenziario⁶⁷. Ciò in quanto, rispetto alla rigidità del contesto carcerario e alla condizione di fragilità del detenuto, le imprese sociali possono rispondere efficacemente essendo connotate da un alto grado di flessibilità nella riorganizzazione del lavoro, da una socializzazione alla presa in carica del beneficiario e delle sue difficoltà da parte di tutti i membri dell'organizzazione, nonché da un lavoro a sostegno delle competenze personali e relazionali del beneficiario (oltre alle competenze tecniche afferenti al lavoro svolto)⁶⁸.

L'auspicata apertura all'esterno non può limitarsi al mondo del non *profit*, ma anche grazie alla "mediazione" di nuove figure professionali, come può essere quella del *diversity manager*, deve essere diretta a intercettare i bisogni occupazionali delle imprese e a combinarli con interventi formativi e di inserimento mirati, muovendo da una lettura dell'art. 41 Cost. che valorizzi la responsabilità sociale dell'impresa e riconduca nell'*asset* strategico aziendale implicazioni di natura etica⁶⁹.

66 Accordo sottoscritto ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281. Da ultimo la Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita dal Ministero della Giustizia con d.m. 13 settembre 2021, sollecita un intervento nella direzione sopra richiamata.

67 C. BORZAGA, S. DEPEDRI, *La multidimensionalità delle relazioni di lavoro nelle cooperative sociali*, in V. Pelligra (a cura di), *Imprese sociali. Scelte individuali e interessi comuni*, Milano, 2008, 65 ss.; S. DEPEDRI, *L'efficacia dell'inserimento lavorativo: il punto di vista dei lavoratori*, in S. Depedri (a cura di), *L'inclusione efficiente. L'esperienza delle cooperative sociali di inserimento lavorativo*, Milano, 2012.

68 V. CAVOTTA, M. ROSINI, *Carcere, lavoro e impresa sociale. Verso una effettiva rieducazione dei detenuti?*, in *Impresa sociale*, 2021, 1, 60 ss.

69 Su questi profili v. F. MALZANI, *Le dimensioni*, cit., spec. cap. III.

Nella direzione appena segnalata si colloca un'interessante progettualità, presentata a giugno 2022, che coniuga le esigenze connesse alla carenza di manodopera specializzata con l'obiettivo di rieducazione dei detenuti attraverso la collaborazione di sistema tra istituzioni e imprese private. Ci si riferisce al "Programma Lavoro Carcerario" che nasce dalla sinergia tra Ministero della Giustizia, Ministero dell'Innovazione Tecnologica e Transizione Digitale e operatori delle telecomunicazioni, con il fine di realizzare programmi di formazione per i detenuti in ambito TLC e ICT all'interno delle carceri, generando concrete possibilità di occupazione con assunzioni su singoli progetti⁷⁰.

Su questa scia si pone altresì il protocollo, siglato ad ottobre 2022 tra il Commissario straordinario per il sisma, la Cei, l'Ance e l'Anci, con cui si prevede che i detenuti di dieci province delle regioni Abruzzo, Lazio, Molise, Marche e Umbria possano avere l'occasione di lavorare nei cantieri di oltre 5.000 opere di ricostruzione pubblica e in quelli di 2.500 chiese danneggiate dal terremoto del 2016.

Un aiuto concreto, soprattutto per favorire la professionalizzazione, può derivare dalla partecipazione al PNRR attraverso l'applicazione al settore penitenziario del Programma GOL (Garanzia di Occupabilità dei Lavoratori), gestito dalle regioni con il coordinamento dell'ANPAL. Un'occasione, questa, che qualche realtà territoriale sta già sperimentando: in Lombardia, ad esempio, è stato attivato uno sportello dedicato ai servizi del lavoro per i detenuti della casa circondariale Opera, un nuovo modello integrato realizzato in linea con il programma GOL per introdurre le persone recluse in un percorso di accompagnamento volto al reinserimento lavorativo.

Queste iniziative possono essere preziose anche per informare il mondo delle imprese (*profit* e non) circa gli incentivi fruibili a fronte dell'assunzione di lavoratori detenuti o internati e dello svolgimento di attività di formazione.

Solo una piena compenetrazione fra ambiente detentivo e comunità libera⁷¹, che valorizzi la soggettività del ristretto, può assicurare che il microcosmo carcerario sia plasmato sul (e rifletta il) modello del macrocosmo costituzionale.

70 A giugno 2022 è stato presentato, quale progetto pilota dell'ambiziosa iniziativa, il laboratorio di Sirti che mira a formare presso il Carcere di Rebibbia un primo gruppo di giuntisti in fibra ottica per le infrastrutture di rete con un corso specialistico di circa 160 ore.

71 Tale compenetrazione è evocata dallo stesso o.p. all'art. 17 rubricato «Partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa», il quale prevede che la finalità del reinserimento sociale debba essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati, istituzioni o associazioni pubbliche e private all'azione rieducativa.

RAFFAELLA CRISTIANO
IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE NELLE
CARCERI

SOMMARIO: 1. Vulnerabilità dello stato detentivo e biodiritto. 2. Il diritto all'istruzione dei detenuti nel quadro costituzionale della finalità rieducativa della pena. 3. L'istruzione dei minori e dei giovani adulti. 4. L'istruzione degli adulti. 5. L'effettività del diritto allo studio in carcere: criticità e prospettive in chiave di politiche sociali e penali.

1. Il tema del diritto all'istruzione in carcere e quello, correlato, dell'educazione e della formazione, assume assoluto rilievo nella riflessione sui diritti fondamentali dei detenuti, stante il preminente fine rieducativo e di reinserimento sociale che la Costituzione riconduce alla funzione della pena detentiva¹.

Le problematiche connesse alla garanzia dei diritti fondamentali negli istituti penitenziari rivestono crescente attenzione non soltanto per i risvolti giuridico-costituzionali che esse implicano sul piano dell'effettivo godimento dei diritti stessi e dei loro concreti spazi di esercizio, ma anche in ragione dei significativi profili bioetici e biogiuridici che emergono in merito alla natura eticamente controversa del carcere² e al peculiare stato di vulnerabilità dei detenuti³, in ragione della condizione limitativa della libertà personale.

-
- 1 «Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato», secondo l'art. 27, comma 3, Cost.
 - 2 Delicatezza del tema sul quale si è pronunciato a più riprese il Comitato Nazionale per la Bioetica nei pareri *La salute "dentro le mura"*, del 27 settembre 2013, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, del 25 giugno 2010 e *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, del 22 marzo 2019, tutti consultabili in <https://bioetica.governo.it>.
 - 3 Sottolinea l'aspetto di speciale rilevanza bioetica che assume la vulnerabilità dei detenuti, V. ZAGREBELSKY, *Biodiritto e detenzione. Orientamenti della Corte europea dei diritti umani sui diritti dei detenuti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2022, 24.

Sul versante bioetico, ma anche propriamente costituzionale, la questione centrale diviene se, e fino a che punto, la limitazione personale dei reclusi, che trova fondamento nelle contrapposte esigenze di ordine e sicurezza, possa giustificare la compressione della garanzia e dello sviluppo degli altri diritti di rango costituzionale, tra i quali anche quello fondamentale all'istruzione: compressione che, qualora dovesse superare il limite della ragionevolezza cui deve ispirarsi ogni intervento pubblico in materia di esecuzione penale⁴, lederebbe direttamente il principio del rispetto della persona e della dignità umana⁵, nonché il divieto di trattamenti disumani e degradanti espressamente previsto sia nella CEDU, all'art. 3⁶, che in Costituzione, all'art. 27, comma 3, ove si prevede che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità».

Come è stato evidenziato da attenta dottrina⁷, la condizione di limitazione della libertà personale del detenuto circoscrive e restringe la sua libera locomozione nello spazio, ma non può estendersi alla dimensione della libertà della persona, nozione distinta e fortemente correlata alla dignità e al pieno sviluppo della personalità, principi cardine della nostra Costituzione che devono essere garantiti anche in carcere e che costituiscono il presupposto per l'esercizio di tutti gli altri diritti, seppure entro i limiti connessi allo stato detentivo.

Secondo il consolidato orientamento della Corte, il detenuto continua ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive⁸, mantenendo l'integrità e la dignità personale, nonché un certo grado di autonomia rispetto

4 Cfr. M.P. IADICICCO, *Biodiritto e condizione detentiva*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2022, 1 ss.

5 Sul tema si veda M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014; 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.

6 In virtù del quale «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti».

7 M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 47 ss., Id., *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2021, 253 ss.

8 Come ribadito dalla Consulta in una consolidata giurisprudenza: «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» (sentenza n. 114 del 1979); inoltre, nella sentenza n. 26 del 1999, la Corte afferma 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».

alla pena detentiva: margine che viene richiamato esplicitamente nella giurisprudenza costituzionale, ove si afferma che «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» da cui discende che «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona», pur costituendone una significativa limitazione⁹.

Il divieto di disumanizzazione e di trattamenti degradanti, sancito in Costituzione e nella CEDU, trova ulteriore dispiegamento e sviluppo nella giurisprudenza, sia costituzionale che sovranazionale, che delineano il principio di umanità come il fondamento del rispetto della dignità umana. La Consulta offre sin dall'inizio una lettura congiunta della doppia prescrizione dell'art. 27, comma 3, Cost., ravvisando nella umanizzazione della pena il presupposto per un'azione rieducativa del condannato¹⁰ e considerando i trattamenti afflittivi e degradanti come un ostacolo al processo di reinserimento del detenuto nella società e nella legalità.

La Corte di Strasburgo, nell'affrontare la drammatica situazione del sovraffollamento delle carceri italiane¹¹, ha ribadito che condizioni di disagio, quali estrema costrizione fisica, mancanza di beni essenziali o afflizioni che si aggiungono alla privazione della libertà personale, si traducono in una umiliazione della persona incompatibile con il rispetto della dignità umana ravvisandosi, dalla lettera dell'art. 3 della CEDU, un obbligo positivo, in capo allo Stato, di assicurare rimedi preventivi e compensativi per una tutela effettiva dei diritti dei detenuti e un trattamento che garantisca loro i beni essenziali per una vita decorosa¹².

Analoghi principi fondamentali di civiltà e di rispetto della dignità della persona umana sono stati delineati, sul piano europeo ed internazionale, sia

9 Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 1993, punto 4.2 del *Considerato in diritto*. Per un approfondimento della giurisprudenza costituzionale in materia di detenzione, cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 1 ss.

10 Sin dal principio la Corte costituzionale ha affermato che «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato» (sentenza n. 12 del 1966).

11 Il richiamo è alla nota sentenza della Corte EDU dell'8 gennaio 2013 sul caso *Torreggiani e altri c. Italia*, nella quale la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per il determinarsi di condizioni di detenzione disumane.

12 Per un approfondimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul tema, si veda G. ZAGREBELSKY, *Biodiritto e detenzione. Orientamenti della Corte europea dei diritti umani sui diritti dei detenuti*, cit., 23 ss.

nelle nuove Regole penitenziarie europee (EPR) del 2020¹³, ove si richiamano le imprescindibili esigenze di rispetto dei diritti umani nel trattamento dei soggetti *in vinculis*, sia nell'ultima versione delle *Nelson Mandela Rules*¹⁴ nelle quali la definizione dei livelli minimi di tutela in ambito penitenziario è preceduta dalla *Rule 1*: «*All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings. No prisoner shall be subjected to, and all prisoners shall be protected from, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, for which no circumstances whatsoever may be invoked as abjustification. The safety and security of prisoners, staff, service providers and visitors shall be ensured at all times*».

2. Alla luce delle precedenti considerazioni, e come ribadito dalla giurisprudenza costituzionale, è indubbio che anche il diritto all'istruzione, in uno ad altri diritti fondamentali costituzionalmente protetti, rientri nella sfera essenziale della dignità umana della persona e, in quanto tale, rappresenti un diritto irrinunciabile e insopprimibile, ancor più quando esso si eserciti nel contesto penitenziario¹⁵.

Il nesso inscindibile intercorrente tra istruzione e dignità personale viene opportunamente rilevato anche dalla dottrina nella lettura

13 Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Raccomandazione R (2006)2-rev*, adottata il 1° luglio 2020, consultabile in <https://www.coe.int>. Per un commento si veda E. VALENTE SARDINA, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità*, consultabile in https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2020/10/Valente_DPU_EPR.pdf. Sempre a livello europeo, va richiamata l'istituzione del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), con il precipuo compito di verificare le condizioni di trattamento delle persone private della libertà.

14 *Regole Minime Standard per il trattamento dei detenuti* dell'ONU, adottate il 17 dicembre 2015, consultabili in https://www.un.org/en/events/mandeladay/mandela_rules.shtml.

15 Il mancato riconoscimento al detenuto del diritto di istruirsi e di formarsi, o una sua eccessiva compressione da parte del legislatore, produrrebbe l'effetto di una lesione diretta della sua dignità personale; per tale motivo, le limitazioni del diritto allo studio, che si rendano necessarie per motivi di ordine e sicurezza, devono sempre risultare giustificate rispetto ai criteri della proporzionalità e della ragionevolezza; in tal senso, cfr. ZAGREBELSKY, *Biodiritto e detenzione*, cit., 29, nonché le considerazioni di G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., che richiama la sentenza n. 77 del 1984 della Corte costituzionale, in tema studi universitari.

dell'art. 34 Cost.¹⁶, ove la dimensione costituzionale del diritto all'istruzione può essere colta appieno soltanto collocando il disposto nel prisma dei principi fondamentali e, *in primis*, degli artt. 2 e 3 Cost., ovvero nel quadro del principio personalista, di solidarietà sociale, nonché di eguaglianza formale e sostanziale¹⁷. Nell'ambito di questo più ampio orizzonte ordinamentale la finalità preminente cui è preordinato il sistema d'istruzione è quella di favorire il pieno sviluppo della personalità umana nella sua concreta individualità, in un processo inclusivo di solidarietà e di pari dignità sociale volto, al tempo stesso, a garantire a tutti medesime possibilità di crescita¹⁸ mediante la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono di renderne effettivo l'esercizio, soprattutto nei confronti delle categorie deboli e vulnerabili. La stretta correlazione tra il principio di inclusione scolastica («la scuola è aperta a tutti») e quello di uguaglianza, formale e sostanziale, in cui si declina l'art. 34 Cost., configura l'istruzione come «un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dell'azione dei pubblici poteri»¹⁹ inteso a ricevere prestazioni di istruzione cui corrisponde l'obbligo della Repubblica, sancito al secondo comma dell'art. 33 Cost., di garantire a tutti un servizio scolastico mediante l'istituzione di scuole statali per tutti gli ordini e gradi.

La lettura dell'art. 34 Cost. appare ancora più pregnante se collegata alla previsione dell'art. 27, comma 3, Cost. e collocata all'interno della realtà degli istituti penitenziari, ove la connotazione sociale del diritto allo studio, di cui il detenuto è titolare, non soltanto presuppone che lo Stato

16 L'art. 34 Cost. forma, assieme all'art. 33 Cost., in collegamento con il principio fondamentale dell'art. 9 Cost., la «costituzione scolastica» (S. MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1980, 191 ss.).

17 U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1973, 99; A. POGGI, *Art. 34*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Volume primo, Torino, 2006, 704; G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, in Id. (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, Milano, 2019, 36; S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. Cortese (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, 2014, 3; A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, in *Consulta Online*, 3, 2022.

18 G.M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 51.

19 A. POGGI, *Art. 34*, cit., 706.

ne preveda la tutela in astratto nell'ambito di politiche sociali volte a favorire l'educazione e la formazione culturale, ma implica, altresì, che la struttura carceraria ne assicuri l'esercizio in concreto mediante un idoneo apparato organizzativo, l'erogazione di un'efficace assistenza scolastica e la garanzia di effettive prestazioni professionali d'istruzione, rimuovendo, con interventi positivi e ogni altra misura necessaria, qualsiasi ostacolo impeditivo al godimento del diritto stesso.

In quest'ottica, le attività scolastiche e di formazione all'interno del carcere possono svolgere un ruolo preminente nella promozione della dignità della persona, rappresentando, come opportunità di confronto e di socializzazione, uno degli incentivi più potenti ai fini della riabilitazione e del reinserimento sociale dei soggetti reclusi, nonché un momento imprescindibile nel loro percorso di recupero, di crescita personale e di emancipazione culturale, in linea con la finalità rieducativa della pena sancita in Costituzione all'art. 27, comma 3, Cost.

Lo stesso concetto di rieducazione è stato rielaborato nel corso del tempo dalla giurisprudenza costituzionale, in una lettura evolutiva che, da un suo iniziale riconoscimento marginale e restrittivo rispetto alle finalità della pena²⁰, circoscritto entro gli angusti confini del trattamento penitenziario²¹, è giunta gradualmente ad attribuire una nuova centralità al fine rieducativo²², valorizzandone il profilo umanizzante

20 Finalità identificate dalla Consulta, alla luce di una concezione polifunzionale della pena, essenzialmente in quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione e della difesa sociale; cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 8; M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014.

21 «[...] valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo», Corte costituzionale, sentenza n. 313 del 1990, punto 8 del *Considerato in diritto*. Cfr., in tema, G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 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.

22 A partire dalla sentenza n. 313 del 1990. Il contributo giurisprudenziale della Corte viene definito da M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., come un'opera maieutica fondamentale «destinata a far risaltare dal dettato normativo una «verità ordinamentale» 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». Cfr. le considerazioni sviluppate da 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», sulla ricerca

e riconducendolo principalmente, al di là delle diverse definizioni impiegate, a tutti quegli interventi volti a favorire in positivo il recupero del detenuto ad una vita nella società nel rispetto della sua dignità personale²³, limitando al massimo l'effetto, proprio della detenzione, di esclusione sociale.

La disciplina dell'Ordinamento penitenziario (O.P.) del 1975²⁴, adottato in un nuovo clima politico-culturale, ha inteso dare attuazione a tale lettura più aderente ai principi costituzionali in tema di esecuzione della pena, ponendo al centro la figura del detenuto e non più le esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria²⁵, sul presupposto che la detenzione rappresenti soltanto una fase transitoria, e non definitiva, dalla quale possano emergere nuove opportunità di crescita personale e di reinserimento sociale.

In tale ottica viene valorizzata la funzione educativa dell'istruzione, assumendola quale elemento irrinunciabile del programma di trattamento rieducativo del condannato, accanto al richiamo delle altre attività della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive, dei contatti con il mondo esterno e dei rapporti con la famiglia. L'art. 19 O.P. prevede la garanzia del diritto all'istruzione e alla formazione dei detenuti negli istituti penitenziari mediante l'istituzione di corsi scolastici nei diversi gradi di istruzione, dalla scuola dell'obbligo agli studi universitari²⁶, con l'ausilio di metodi adeguati alla condizione dei soggetti, nonché con programmi d'istruzione conformi a quelli ordinari che vigono all'esterno; conformità, in virtù della quale, i corsi scolastici istituiti nei penitenziari non si differenziano o presentano carattere spe-

della «verità ordinamentale» sul senso della pena da parte dell'Amministrazione penitenziaria.

- 23 S. MAGNANENSI, E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in www.cortecostituzionale.it, sezione «Documentazione/Studi e ricerche», Roma, 2008; I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale ad un anno dalla "sentenza Torreggiani"*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, cit., 59 ss.
- 24 Adottato con legge n. 354 del 1975, recante *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* ed attuato con il Regolamento di esecuzione al decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.
- 25 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.
- 26 N. AMATO, *Diritto, delitto, carcere*, Milano, 1987, 252.

ziale rispetto a quelli che si svolgono nelle scuole statali. Nella disciplina penitenziaria, peraltro, la formazione scolastica e professionale si configura soltanto come una opportunità del trattamento, perdendo i caratteri dell'esclusività e dell'obbligatorietà che la connotavano in precedenza: il Regolamento di esecuzione del 2000, infatti, si limita a prevedere che le direzioni degli istituti favoriscano la più ampia partecipazione dei detenuti allo svolgimento dei corsi scolastici, curando la diffusione di un'adeguata informazione; profilo, questo, che desta qualche perplessità, soprattutto in ordine alle garanzie costituzionali riconosciute all'istruzione inferiore dall'art. 34, comma 2, Cost. e all'attivazione dei corsi della scuola dell'obbligo in carcere.

3. I percorsi d'istruzione dei minori e dei giovani adulti, alla luce della recente riforma introdotta dal decreto legislativo n. 121 del 2018²⁷ in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, si svolgono secondo le preminenti finalità educative e di socializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile, in ragione della peculiare condizione di vulnerabilità dei detenuti minori di età.

La *ratio* della riforma, nell'adeguarsi a tali finalità, risponde all'esigenza di un'esecuzione penale calibrata sulla personalità in evoluzione del minore²⁸, rispetto alla precedente parificazione tra condannati adulti e minorenni che si poneva in contrasto con le specifiche esigenze di recupero e rieducazione sottese agli artt. 27, comma 3 e 31, comma 2, Cost.²⁹, nonché con gli impegni assunti dall'Italia a livello internaziona-

27 Decreto legislativo n. 121 del 2018, *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103*. Per un organico commento alla riforma, si veda M. COLAMUSSI (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Torino, 2020, nonché L. CARACENI, M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni. Commento al d.lgs. 2 ottobre, n. 121*, Torino, 2019.

28 Come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza 231 del 2021, punto 2.2 del *Considerato in diritto*, ove si richiama la precedente giurisprudenza sul tema: *ex plurimis*, sentenze n. 263 del 2019, n. 90 del 2017 e n. 125 del 1992.

29 Nella corposa giurisprudenza costituzionale, volta ad adeguare le norme dell'Ordinamento penitenziario ai diritti e alle esigenze educative dei condannati minorenni, la Corte ha sovente affermato la necessità di un apposito sistema penitenziario minorile, a partire dalla nota sentenza monito n. 125 del 1992, nella quale la Consulta richiama esplicitamente «[...] l'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutiveità della personalità del minore e la preminente funzione educativa richiedono».

le³⁰ ed europeo³¹. In armonia con detti principi costituzionali, nel decreto assume preminente rilievo il carattere pedagogico che l'ordinamento penitenziario minorile deve avere, in ragione della particolare vulnerabilità e dell'età evolutiva dei soggetti destinatari, carattere che impone un «mutamento di segno al principio rieducativo immanente alla pena, attribuendo a quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca di una propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione di un inserimento maturo nel consorzio sociale»³².

Stante l'importanza del profilo educativo, e in attuazione dei principi e criteri direttivi della legge delega n. 103 del 2017³³, nella riforma assume rilievo centrale il «progetto di intervento educativo» nel trattamento del minore. Il documento viene redatto entro tre mesi dall'inizio dell'esecuzione *intra moenia* con il supporto psicologico e l'ascolto del condannato, onde coinvolgerlo il più possibile nel percorso³⁴. In merito alle attività di studio da svolgere all'interno degli istituti, l'elaborazione del progetto deve osservare i criteri di personalizzazione delle prescrizioni e di flessibilità esecutiva, criteri che corrispondono all'impostazione dell'attuale modello scolastico italiano, basato sull'autonomia progettuale didattica ed organizzativa delle istituzioni scolastiche orientata al perseguimento di obiettivi formativi e di apprendimento, piuttosto che sulla vincolatività di rigidi programmi.

30 *Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989; *Regole minime sull'Amministrazione della Giustizia Minorile* (c.d. Regole di Pechino) adottate con risoluzione ONU 40/33 del 1985; *Linee guida delle Nazioni Unite sulla Prevenzione della delinquenza minorile* (c.d. Regole di Riyadh) e *Regole per la protezione dei minori privati della libertà* (c.d. Regole dell'Avana) adottate il 14 dicembre 1990.

31 Sul punto, v. le numerose Raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia penale minorile, tra cui la Raccomandazione (2008) 11, *Regole europee per i minori sottoposti a sanzioni e misure restrittive della libertà personale*.

32 Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 1994. La scelta, da parte del legislatore delegato, di locuzioni quali «misure penali di comunità» (anziché misure alternative) o «inserimento sociale» (anziché reinserimento) o anche «percorso educativo» (al posto di rieducativo), sembra ispirarsi a tale carattere, secondo L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, consultabile in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>.

33 Il Governo ha dato attuazione alla delega con i tre decreti legislativi del 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124; cfr. M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. Giust.*

34 M.G. CARNEVALE, *Il D. Lgs. n. 121/2018: nuove norme per l'esecuzione penale minorile*, consultabile in <https://www.ragazzidentro.it>.

Nella medesima logica di flessibilità organizzativa e didattica, la riforma prevede, tra i canali di comunicazione con il mondo esterno³⁵, la possibilità, per il minore detenuto, di frequentare corsi finalizzati all'istruzione o alla formazione professionale all'esterno dell'istituto di pena, previa la stipula di intese con istituzioni, imprese, cooperative o associazioni, quando queste possano agevolare il percorso educativo, contribuire alla valorizzazione delle potenzialità individuali e favorire l'inclusione sociale attraverso l'acquisizione di competenze certificate³⁶.

Un analogo programma di intervento educativo, infine, è previsto nel caso di applicazione delle misure penali di comunità³⁷, quali l'affidamento in prova al servizio sociale o la detenzione domiciliare, quando esse risultino proficue per il percorso educativo di recupero dei minori e a condizione che siano compatibili con i percorsi di istruzione e di formazione professionale e con le esigenze di studio e di lavoro dei minori³⁸.

L'istruzione obbligatoria in carcere, in sintonia con la garanzia costituzionale dell'obbligatorietà e della gratuità dell'istruzione inferiore, contenuta nell'articolo 34, comma 2, Cost.³⁹ e del principio di uguaglianza formale in esso sotteso, è disciplinata dall'Ordinamento Penitenziario all'art. 19, ove si prevede che i corsi di scuola dell'obbligo *intra moenia*⁴⁰ debbano del tutto uniformarsi a quelli svolti all'esterno, per dare la possibilità al detenuto, una volta espiata la pena, di proseguire la propria formazione scolastica. Grazie ad una recente modifica introdotta dal decreto legislativo. n. 123 del 2018, particolare attenzione viene riservata alla formazione culturale e professionale dei giovani adulti, ovvero quella fascia della popolazione penitenziaria che va dai 18 ai 25 anni, in ragione delle ampie possibilità di recupero sociale che l'istruzione potrebbe offrire loro.

35 C. IASEVOLI, *I canali di comunicazione con il mondo esterno: l'istruzione, la formazione professionale, il lavoro, la custodia attenuata e la dimissione*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., 148 ss.

36 Art. 18, comma 1, d.lgs. n. 121 del 2018.

37 F.P.C. IOVINO, *L'esecuzione della pena extra moenia: le misure penali di comunità*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., 46 ss.

38 Artt. 2 e 3, d.lgs. n. 121 del 2018.

39 «L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita» secondo l'art. 34, comma 2, Cost.

40 Già nel 1958, la legge n. 503 aveva istituito le Scuole carcerarie elementari con l'obiettivo di combattere l'analfabetismo, prevedendo speciali ruoli transitori degli insegnanti nelle scuole elementari, successivamente soppressi con la legge n. 72 del 1972. L'art. 5 della legge 503 non collegava la durata dell'anno scolastico delle scuole carcerarie al periodo di funzionamento dell'anno scolastico normale.

L'organizzazione dei corsi di istruzione a livello della scuola dell'obbligo (primaria e secondaria di primo grado) è disciplinata dal Regolamento di esecuzione del 2000⁴¹ che attribuisce al Ministero della Pubblica istruzione, in coordinamento con il Ministero di Grazia e Giustizia, il compito di indicare, agli organi competenti per l'istruzione presenti sul territorio, le direttive da seguire per attivare i corsi scolastici obbligatori negli istituti penitenziari⁴². L'organizzazione didattica e lo svolgimento dei corsi sono affidati alla cura degli organi dell'amministrazione scolastica, mentre le direzioni degli istituti penitenziari forniscono attrezzature e locali adeguati, danno ai detenuti e agli internati appropriata informazione dello svolgimento dei corsi scolastici e ne favoriscono la più ampia partecipazione. Per garantire il principio della continuità didattica sono evitati, per quanto possibile, i trasferimenti ad altri istituti dei detenuti impegnati in attività scolastiche, nonché qualsiasi intervento che possa interrompere la partecipazione a queste attività. In virtù del principio di non sovrapposibilità delle varie attività del trattamento, il Regolamento prevede che le direzioni penitenziarie curino la compatibilità degli orari di svolgimento dei corsi con la partecipazione ad altre attività lavorative organizzate nell'istituto.

Rilevante risulta la costituzione della Commissione didattica⁴³, con una composizione mista tra personale della scuola e dell'amministrazione penitenziaria, che svolge compiti consultivi e propositivi. Il ruolo della Commissione risulta fondamentale non solo perché attraverso la programmazione, costante e coordinata, del percorso scolastico-trattamentale, si ottimizza e si garantisce maggiore stabilità allo svolgimento dell'attività scolastica, ma anche perché il suo funzionamento consente, alle diverse componenti dell'organo così costituito, di confrontarsi sulle criticità emergenti e sulle possibili soluzioni, favorendo un servizio scolastico più efficace e rispondente alle esigenze proprie della popolazione reclusa.

La disciplina degli studi obbligatori inferiori non si estende, nel contesto penitenziario, anche al biennio di scuola superiore, che invece, all'esterno, è obbligatorio e finalizzato al conseguimento della certificazione attestante l'acquisizione delle competenze di base connesse all'obbligo di istruzio-

41 Art. 41, decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000.

42 Il dirigente dell'ufficio scolastico regionale, sulla base delle richieste formulate dagli istituti penitenziari e dai dirigenti scolastici, concerta la dislocazione e il tipo dei vari corsi a livello della scuola d'obbligo da istituire, secondo le esigenze della popolazione penitenziaria e sul presupposto di una valutazione, da parte della direzione dell'istituto penitenziario, del grado di istruzione della popolazione reclusa nel proprio istituto.

43 Art. 41, ultimo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000.

ne⁴⁴. Tale mancata estensione, dovuta al differente regime dei corsi di istruzione secondaria superiore in carcere, corrisponde con tutta evidenza ad un affievolimento della garanzia di istruzione a danno dei detenuti che non possono avvalersene *ex lege*.

Il quinto comma dell'art. 19, prevede, infatti, la possibilità, ma non l'obbligo, di istituire scuole di istruzione secondaria di secondo grado negli istituti penitenziari, mediante adozione delle procedure previste dagli ordinamenti scolastici. Del pari, l'articolo 43, comma 1, del Regolamento di esecuzione del 2000 prevede che tutti i corsi di istruzione secondaria superiore, comprensivi della scolarità obbligatoria, siano attivati dal Ministero della pubblica istruzione solamente quando ne faccia richiesta l'Amministrazione penitenziaria e che, a tal fine, il Ministero organizzi la dislocazione delle succursali delle scuole in determinati istituti penitenziari, assicurando la presenza di almeno una di esse in ogni regione.

4. I percorsi di istruzione dei detenuti adulti trovano per la prima volta collocazione nel sistema nazionale di istruzione con la riforma sull'istruzione degli Adulti introdotta dal decreto del Presidente della Repubblica n. 263 del 2012, che ha istituito i Centri Provinciali per l'istruzione degli Adulti (CPIA)⁴⁵, una tipologia di istituzione scolastica autonoma, dotata di uno specifico assetto didattico e organizzativo e articolata in reti territoriali di servizio⁴⁶.

I percorsi di istruzione degli adulti negli istituti di pena, alla luce delle Linee Guida del 2015 attuative della riforma⁴⁷, si articolano in percorsi di primo e di secondo livello. I percorsi di primo livello e quelli di alfabetizzazione e di apprendimento della lingua italiana per stranieri presenti nelle carceri sono ricondotti ai CPIA⁴⁸; i percorsi di secondo livello, invece, sono

44 In virtù della legge n. 296 del 2006, articolo 1, comma 622, che ha previsto un innalzamento della soglia dell'obbligo scolastico al biennio della scuola secondaria di secondo grado.

45 Centri che svolgono le funzioni precedentemente esercitate dai Centri Territoriali Permanenti (CTP) e dalle Istituzioni scolastiche sede di Corsi serali.

46 A.G. STAMMATI, *La nuova istruzione adulti e i percorsi di istruzione nelle carceri: realtà e prospettive*, in *Bollettino As.Pe.I.*, 191, 2021, 63-72.

47 Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Decreto 12 marzo 2015, *Linee guida per il passaggio al nuovo ordinamento a sostegno dell'autonomia organizzativa e didattica dei Centri provinciali per l'istruzione degli adulti*, consultabile in <https://www.gazzettaufficiale.it/-/eli/id/2015/06/08/15A04226/sg>.

48 I percorsi di primo livello sono finalizzati, rispettivamente, al conseguimento del titolo di studio conclusivo del primo ciclo di istruzione e alla certificazione atte-

realizzati dalle istituzioni scolastiche esterne coinvolte e sono finalizzati al conseguimento del diploma di istruzione tecnica, professionale e/o artistica.

Anche per tali percorsi si prevede una programmazione curricolare aderente alle specificità del carcere, impostata sul principio di individualizzazione del trattamento penitenziario, per rendere compatibili gli assetti organizzativi e didattici con le condizioni detentive e con la specificità dell'utenza, mediante l'impiego di metodologie adeguate alla condizione dei soggetti. Pertanto le istituzioni scolastiche coinvolte devono trovare soluzioni organizzative adeguate alla specificità della domanda formativa degli adulti in carcere, modulandole rispetto alle peculiarità dei luoghi di apprendimento, nonché alla variabilità dei tempi della detenzione.

In merito all'istruzione superiore in carcere, invece, l'art. 19 O.P. prevede, in generale, che la frequenza e il compimento degli studi universitari e tecnici superiori siano agevolati, anche mediante convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie e con istituti di formazione tecnica superiore, riconoscendo il valore degli studi universitari come strumento di riabilitazione e di reinserimento lavorativo e sociale.

L'art. 44 del Regolamento di esecuzione del 2000 definisce gli strumenti volti a promuovere il diritto agli studi universitari: *in primis* la stipula di opportune intese con le autorità accademiche per consentire agli studenti di usufruire di ogni possibile aiuto e di sostenere gli esami, regolamentando le modalità di accesso alla struttura carceraria di docenti e tutor, nonché la disponibilità attrezzature didattiche e di locali adeguati. A tal fine, ai detenuti studenti universitari sono assegnati, ove possibile, celle e reparti che consentano loro di concentrarsi ed applicarsi allo studio, la disponibilità di appositi locali comuni e biblioteche, nonché la possibilità di tenere nella propria cella e negli altri locali di studio, i libri, le pubblicazioni e tutti gli strumenti didattici necessari. I protocolli d'intesa hanno previsto forme di finanziamento o di contributi che, sia pure parzialmente, esonerano dal pagamento delle tasse universitarie, in aggiunta ai previsti benefici economici concessi, dall'art. 45 del Regolamento di esecuzione, ai detenuti studenti universitari in disagiate condizioni economiche che abbiano superato tutti gli esami dell'anno e a quelli che abbiano conseguito buoni risultati scolastici a prescindere dalle loro condizioni economiche.

stante l'acquisizione delle competenze di base connesse all'obbligo di istruzione (biennio di scuola secondaria superiore). Per l'utenza straniera il nuovo assetto didattico prevede lo svolgimento di percorsi di alfabetizzazione e di apprendimento della lingua italiana, finalizzati al conseguimento di una certificazione attestante il raggiungimento di un livello di conoscenza della lingua italiana non inferiore al livello A2 del Quadro comune europeo (art. 4, comma 1, lett. c del Regolamento).

La sinergia tra amministrazione penitenziaria e istituzioni universitarie ha consentito la creazione dei Poli Universitari Penitenziari (PUP)⁴⁹, corrispondenti a vere e proprie sezioni universitarie interne al carcere, definite come «un sistema di servizi e opportunità offerti dall'Università, con la disponibilità dell'Amministrazione penitenziaria, ulteriori o sostitutivi rispetto a quelli normalmente fruibili dagli studenti, proposto in modo strutturale e organizzato sulla base di apposite convenzioni, volto a superare gli ostacoli che obiettivamente si frappongono ad un effettivo esercizio del diritto allo studio universitario da parte di chi è in esecuzione penale»⁵⁰. Ad oggi si contano svariati Poli Universitari, corrispondenti ad esperienze diversificate quanto a struttura organizzativa, offerta formativa ed effettività dei servizi offerti⁵¹, Poli diffusi su tutto il territorio nazionale che accolgono, sempre in maggior numero, gli studenti detenuti⁵².

5. L'attuale sistema penitenziario valorizza la formazione scolastica e professionale dei detenuti, assunta quale elemento irrinunciabile del programma di trattamento rieducativo del condannato. Fondamentale, nello sviluppo del quadro normativo, è stato il contributo della Consulta che, nel corso del tempo, ne ha orientato la direzione verso una disciplina più fedele al dettato costituzionale e alla vera portata rieducativa della pena, tendente a favorire, attraverso l'istruzione, un processo di autonomia e di responsabilizzazione del detenuto. Le istituzioni scolastiche ed universitarie, in sinergia con l'amministrazione penitenziaria, devono contribuire a rendere effettiva la formazione dei detenuti mediante l'attivazione di progetti concreti e l'erogazione delle prestazioni educative.

49 Dal 2018 i Poli Universitari Penitenziari sono coordinati dalla Conferenza nazionale dei delegati dei Rettori per i Poli Universitari Penitenziari (CNUPP), costituita dalla Conferenza dei Rettori delle Università italiane (CRUI) con attività di promozione, riflessione e indirizzo del sistema universitario nazionale e dei singoli Atenei in merito alla garanzia del diritto allo studio delle persone detenute o in esecuzione penale esterna o sottoposte a misure di sicurezza detentive, si veda <https://www.crui.it/cnupp.html>.

50 Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 9 – Istruzione, cultura, sport, 21 marzo 2016, consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_9.page.

51 Cfr. Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, *L'istruzione universitaria nelle strutture penitenziarie*, 2015.

52 Cfr. F. PRINA, *Il diritto dei detenuti agli studi universitari: l'esperienza dei Poli Universitari Penitenziari in Italia*, in *XV Rapporto sulla condizione della detenzione*, a cura di Antigone Onlus, 2019.

Benché l'Ordinamento penitenziario riconosca in astratto il valore che la formazione culturale assume nel carcere, è proprio sul piano applicativo e concreto che emergono le maggiori problematiche; criticità le quali, nella quotidianità della vita penitenziaria, rischiano di svilire la funzione educativa, riducendola a mero riempitivo del tempo libero, se non negandola del tutto.

Dall'esigenza di esaminare i problemi legati all'amministrazione penitenziaria e di valutare l'adequatezza delle politiche, sociali e penali⁵³, che rendono concreta ed effettiva la possibilità di esercizio del diritto all'istruzione in carcere, rimuovendo le cause che ne pregiudicano *de facto* il godimento⁵⁴, sono scaturite, negli ultimi anni, diverse istanze di innovazione del sistema penitenziario⁵⁵. Nel 2015, l'istituzione degli Stati Generali dell'esecuzione penale⁵⁶ ha inteso avviare un percorso di riflessione e di approfondimento per ridefinire l'esecuzione della pena secondo un modello «costituzionalmente orientato» di reinserimento del detenuto e ha proposto, di conseguenza, un cambiamento strategico ed operativo del sistema organizzativo e gestionale interno al carcere per tradurre in azioni concrete, ben orientate ed efficaci, quanto la legge già prevede.

A tal fine, fra i 18 tavoli tematici creati, uno è stato anche specificamente dedicato all'istruzione in carcere⁵⁷, con il compito di riesaminare l'attuale normativa in materia e di svolgere una ricognizione sulle tante criticità che ne caratterizzano l'attuazione concreta, per arrivare a delineare un modello di istruzione e formazione adeguato ad una popolazione adulta culturalmente composita e spesso caratterizzata da un forte disagio sociale.

53 Per un approfondimento dell'interdipendenza tra politiche sociali e politiche penali, si veda M. PAVARINI, *Governare la penalità. Sistema sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla penalità*, Bologna, 2013.

54 M. RUOTOLO, *Il sistema penitenziario e le esigenze della sua innovazione*, in *Bio-Law Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2022, 32.

55 Di recente si richiamano i lavori della *Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario* del periodo ottobre-dicembre 2021, istituita con decreto ministeriale del 13 settembre 2021. Per un loro approfondimento si veda M. RUOTOLO, *Il sistema penitenziario e le esigenze della sua innovazione*, cit., 31 ss.

56 Gli Stati generali sull'esecuzione penale sono stati un'importante occasione di riflessione, promossa dal Ministro Orlando, cui hanno partecipato personalità ed esperti del sistema penitenziario di derivazione accademica, ma anche provenienti dalle professioni giuridiche e dal volontariato, chiamati a lavorare su 18 tavoli tematici. I lavori si sono svolti nel periodo compreso tra maggio 2015 e aprile 2016 e si sono conclusi con un documento finale consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previousPage=mg_2_19.

57 *Relazione degli Stati Generali sull'esecuzione penale del 2015, Tavolo 9*, cit.

Un primo ordine di criticità, che emerge nella relazione del Tavolo 9, concerne propriamente una carenza dei livelli essenziali delle prestazioni d'istruzione che devono essere garantiti nell'ambito penitenziario, a fronte di un elevato bisogno d'istruzione e formazione espresso dai detenuti. Dall'analisi emerge la presenza di realtà penitenziarie estremamente diversificate ed eterogenee nelle modalità di svolgimento delle azioni, talvolta caratterizzate da una scarsa coerenza progettuale e formativa, da percorsi sporadici o da iniziative e programmi insufficienti, nei quali non sempre sono attivati tutti i corsi scolastici, vi è carenza di personale educativo specializzato, mancanza di appositi spazi formativi o inidoneità delle aule, incompatibilità oraria fra scuola e lavoro, composizione linguisticamente e culturalmente differenziata delle classi⁵⁸.

Altro elemento critico, che determina frequentemente l'abbandono dei corsi d'istruzione, è costituito dalla prassi dei trasferimenti, impiegati soprattutto come soluzione al problema del sovraffollamento ed eseguiti senza la dovuta attenzione alla continuità degli studi intrapresi, con l'effetto di vanificare il percorso scolastico del detenuto, percorso che sovente si interrompe definitivamente⁵⁹.

Un secondo ordine di problemi riguarda più propriamente il profilo didattico e metodologico dell'istruzione in carcere in merito alla rigidità dei percorsi, che risultano finalizzati esclusivamente all'acquisizione di un titolo di studio, secondo il dettato ordinamentale, e non all'ascolto dei bisogni che la persona esprime, utile per costruire un'offerta formativa modulare, flessibile e personalizzata, anziché rigida. L'organizzazione delle attività scolastiche appare, soprattutto per ciò che riguarda i detenuti stranieri, poco rispondente alle esigenze di un'utenza molto diversa da quella delle scuole ordinarie, dal che discende la necessità che il modello d'istruzione e formazione all'interno degli istituti penitenziari venga ripensato e ridisegnato in una logica di integrazione e coesione, per tendere alla riabilitazione della persona ristretta e, soprattutto, per sostenerne il benessere psico-fisico. Nel processo di autonomia del detenuto nella costruzione del proprio percorso formativo rientra anche la scelta degli studi universitari, opzione che l'Amministrazione deve favorire e sostenere a dispetto di pos-

58 Difficoltà che si propone di superare mediante un progetto complessivo coerente e la definizione di linee guida che portino alla diffusione sistematica di opportunità culturali e sportive in tutti gli istituti penitenziari italiani. Tavolo 9, *Relazione finale*, paragrafi 3.2, 3.5, 3.7, 4.12, 4.13.2, 7.7.

59 G. CHIOLA, *L'insegnamento universitario in carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. online*, 2, 2021, 12.

sibili interruzioni, perché costituisca il fulcro di un «trattamento» inteso al responsabile reinserimento sociale del destinatario.

La dimensione dell'istruzione orientata alla strutturazione del sé individuale deve quindi convergere verso l'obiettivo «di ridare significato al tempo della detenzione, liberandolo dalla connotazione di tempo sottratto alla vita o di tempo di attesa, per farne occasione per l'acquisizione, quantunque limitata, di qualche elemento positivo per la propria soggettività e per l'avvio di un percorso di reinserimento sociale»⁶⁰, al fine di rendere la condizione detentiva più vivibile, impegnando le giornate nello svolgimento di attività produttive. In tale ottica preminente rilievo assume, nella relazione del Tavolo, la questione della formazione degli istruttori, degli operatori culturali e dei mediatori linguistici chiamati a seguire questi percorsi, nonché quella, più generale, di un'ideale definizione e regolamentazione delle diverse professionalità che operano all'interno del carcere, tra le quali, in particolare, quella degli operatori penitenziari, in ordine alla consapevolezza delle specificità e della complessità del contesto nel quale si trovano ad operare⁶¹.

Le problematiche legate all'istruzione nella vita quotidiana in carcere si sono ulteriormente aggravate durante l'emergenza sanitaria da Covid-19, mettendo in luce la cronica debolezza del raccordo tra scuola e amministrazione penitenziaria nel suo concreto dispiegarsi⁶². Con l'inizio della pandemia, infatti, il personale docente per un lungo periodo non ha avuto accesso agli istituti e le attività scolastiche si sono completamente interrotte⁶³. Inoltre, come emerge da un rapporto dell'Associazione Antigone⁶⁴, durante la pandemia si è registrato un ulteriore tasso di abbandono rispetto a quello fisiologico in carcere, con un sensibile calo nel numero degli iscritti⁶⁵, dei quali una metà proveniva da corsi di primo livello (alfabetizzazione e apprendimento dell'italiano oppure primo o

60 Cfr. Tavolo 9, *Relazione di accompagnamento*, paragrafo 3.5.

61 Come rileva G. CHIOLA, *L'insegnamento universitario in carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., alla proposta del Tavolo n. 9 non è stata data alcuna successiva attuazione.

62 A.G. STAMMATI, *La nuova istruzione adulti e i percorsi di istruzione nelle carceri: realtà e prospettive*, cit.

63 Associazione Antigone, *Scuola – XVII rapporto sulle condizioni di detenzione*, 22 aprile 2022, consultabile in <https://www.rapportoantigone.it/diciassettesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/scuola/>.

64 Cfr. Associazione Antigone, *Scuola – XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, 22 aprile 2022, consultabile in <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/scuola-istruzione/>.

65 Tra il 30 giugno 2020 e il 30 giugno 2021, un calo di meno 5mila detenuti iscritti.

secondo periodo didattico, corrispondente alla primaria e alla secondaria di primo grado), l'altra metà dal secondo livello, comprendente la secondaria di secondo grado.

Alla ripresa delle attività scolastiche, mentre all'esterno si è organizzata la didattica a distanza (Dad) sincrona, nelle carceri, ove prevista⁶⁶, la Dad è stata generalmente asincrona, senza opportunità di coinvolgimento e di interazione diretta tra detenuti e corpo docente. A causa della inadeguatezza delle infrastrutture informatiche a disposizione degli istituti, i pochi collegamenti da remoto sono stati attivati solo per garantire lo svolgimento degli esami di fine anno. Tale insufficienza ha evidenziato l'assoluta urgenza e rilevanza di un'implementazione tecnologica negli istituti penitenziari⁶⁷, sia mediante l'*upgrade* tecnologico e infrastrutturale, sia assicurando lo sviluppo di programmi di formazione volti all'alfabetizzazione informatica diffusa di tutta la popolazione carceraria⁶⁸. In questa ottica si richiama la recente adozione delle linee guida elaborate dalla Conferenza Nazionale dei delegati dei Rettori per i poli universitari penitenziari in uno al DAP circa i percorsi di studio universitario, corrispondenti ad un pacchetto di regole condivise sulla didattica a distanza, sul riconoscimento dell'impegno didattico e sulla struttura amministrativa dei docenti, tutor e personale

66 Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, Bollettino n. 34, 29 maggio 2020, in cui il Garante precisa che: «Se alcune scuole nelle carceri hanno già assicurato la prosecuzione dei corsi con la Didattica a distanza (Dad), tuttavia, questa modalità è rimasta relegata a poche esperienze. Secondo un sondaggio effettuato da alcuni docenti delle scuole in carcere, solo il 20% degli Istituti ha assicurato agli studenti detenuti una qualche possibilità di non interrompere del tutto l'anno scolastico, talvolta con formule che difficilmente possono essere considerate sufficienti (una videochiamata a settimana per classe con un rappresentante della classe stessa o due ore di lezione una volta alla settimana)» in https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG8955&modeIId=10021.

67 Sul tema, si veda G. FIORELLI, P. GONNELLA, A. MASSARO, A. RICCARDI, M. RUOTOLLO, S. TALINI (a cura di), *Pena e nuove tecnologie. Tra "trattamento" e "sicurezza"*, Napoli, 2022.

68 Al fine di colmare il *digital divide* all'interno del carcere; sul tema si veda P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in Osservatorio AIC, 3, 2020. A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *federalismi.it*, 27 aprile 2008, 4 ss.; G. CHIOLA, *L'insegnamento universitario in carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., 13, sottolinea come, paradossalmente, «l'apertura a soluzioni telematiche più ampie ha finito per accentuare il *digital divide* tra detenuti appartenenti a diversi istituti penitenziari, non essendo tutti dotati delle stesse attrezzature e connessioni».

dedicato. Purtroppo nuove criticità si sono tuttavia verificate anche nella fase post pandemica poiché, con il ritorno alla normalità, è tornato a crescere l'affollamento nelle carceri⁶⁹, creando nuove sfide in chiave di politiche penitenziarie alle quali dover far fronte.

69 Secondo i dati di Openpolis, *La condizione nelle carceri dopo l'emergenza Covid*, consultabile in <https://www.openpolis.it/la-condizione-nelle-carceri-dopo-lemergenza-covid/>.

PASQUALE GIUSTINIANI
DA LUOGO DI DETENZIONE
A LUOGO DI REDENZIONE
Una prospettiva di bioetica religiosa

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. In carcere, ma non a marciare. 3. Verso il carcere come luogo di redenzione. 4. Alcuni criteri etici suggeriti dalla bioetica religiosa in vista della redenzione dei carcerati. 5. Conclusione.

1. C'è ancora spazio per un'etica condivisa nelle società complesse, digitali e globalizzate, laddove le visioni morali potenzialmente rivali – come sembrano essere particolarmente quelle di ambito religioso, che fondano i propri riferimenti ultimi al di fuori dalla sfera mondana e umana – sollecitano, sempre più esplicitamente, a bilanciare i criteri morali della pace sociale e del rispetto della comune dignità umana, con l'equa punizione delle condotte criminali e delittuose di persone che attentano al cosiddetto bene comune?

La detenzione, anche preventiva, di coloro che sono stati giudicati colpevoli dall'autorità legittima è ancora un dato di fatto dei nostri sistemi di prevenzione e di pena, nell'orizzonte della pace sociale. Contemporaneamente, i numerosi casi di cronaca che descrivono il sovraffollamento delle carceri, oppure stigmatizzano il ricorso a modalità violente nel trattamento quotidiano dei detenuti – per non parlare, ad esempio, del mancato rispetto dei doveri di cura e terapia, nonché delle abitudini alimentari derivanti dalle visioni del mondo, anche religiose, dei detenuti –, spingono oggi gli studiosi della cosiddetta *bioetica sociale*¹ a dibattere sempre più di visioni

1 In merito alla configurazione epistemologica della *bioetica sociale* (espressione qui utilizzata in analogia con la morale sociale, che è un ambito di rilevanza anche teologica), si vedano, tra gli altri: L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano, 2012; F. MARINO, *Bioetica sociale tra scienza e vita: quale principio etico per la prassi bioetica?*, Roma, 2007; P. AMODIO (a cura di), *Aspetti della bioetica per il servizio sociale*, Napoli, 2003; G. RUSSO (a cura di), *Bioetica sociale*, Leumann-Rivoli, 1999. In particolare, si suggerisce oggi un allargamento della bioetica ai metodi delle scienze sociali, pur ribadendo che alle analisi empiriche l'etica aggiunge il «che cosa fare» Cfr. R. CAMPA, *Bioetica sociologica e sociologia della bioetica*, in *Rivista di scienze sociali* (23.9.2017):

del mondo e soluzioni pratiche di volta in volta escogitate, in vista del rispetto della dignità delle persone che sono private della libertà personale. Lo scopo è quello di segnare il definitivo tramonto della configurazione del carcere come luogo di detenzione finalizzata alla redenzione, certamente non più come ambiente in cui la persona sarebbe destinata, per così dire, a *marcire*. Visto come ambiente di recupero sociale, di perdono e perfino di redenzione, il carcere, o meglio, nell'ottica descritta, il *penitenziario*, autorizza a parlare dell'ambiente di detenzione come uno spazio-tempo per esercitare la penitenza e l'espiazione, in vista del pieno ripristino dell'equilibrio personale e sociale, che sono stati lesi dalle condotte devianti e con rilevanza penale.

Negli ultimi anni, insistendo sugli aspetti sociali della bioetica, anche il Magistero ecclesiastico cattolico, oltre a ritenere impossibile immaginare che oggi gli Stati evoluti, allo scopo di difendere dall'aggressore ingiusto la vita di altre persone, non possano disporre di altro mezzo che non sia la pena capitale, stigmatizza la problematicità della carcerazione preventiva – quando essa, in forma per così dire abusiva, finisca per procurare un anticipo della pena, previa alla condanna, oppure venga intesa esclusivamente come misura che si applica di fronte al sospetto, più o meno fondato, di un delitto commesso dalla persona. In merito, le deprecabili condizioni detentive, che si riscontrano ancora in diverse parti del mondo, sarebbero – nell'ottica magisteriale – la riprova di un autentico tratto inumano e degradante delle società stesse, molte volte prodotto delle deficienze del sistema penale, dall'uso delle carceri di massima sicurezza configurato come sistema di «tortura mascherata»; per non dire, poi, della detenzione di bambini e pre-adolescenti, di infermi gravi o terminali, di donne incinte, di persone con oggettivi svantaggi psicofisici, di madri e padri che siano gli unici responsabili di minori o di disabili, di adulti ormai avanzati in età. E tutto a questo appare evidentemente finalizzato a poter parlare di *giustizia redentiva*, basata su un modello di giustizia fondato sul dialogo, sull'incontro, con l'obiettivo, cioè, non tanto di punire ed escludere dal consesso sociale il reo, bensì di restaurare i legami intaccati dal delitto commesso e riparare il danno da lui recato alla vita associata, anzi alla stessa comunità umana.

<https://www.rivistadiscienzesociali.it/12538-2/> [13.1.2023]. Campa, da parte sua, inventaria la *bioetica sociologica*, la quale studia i fenomeni bioetici (ovvero, nell'ottica dell'Autore, tutti i comportamenti eticamente controversi) con i metodi quantitativi e qualitativi della sociologia, senza dover necessariamente cadere nella cosiddetta *fallacia naturalistica* (secondo la quale si evincerebbe il «dover essere» dall'essere). Sostiene, infine, che la bioetica normativa abbia oggi bisogno di una *bioetica sociologica*.

2. «Ravenna sin dall'istante che i Carbonari fecero un ultimo sforzo fuor di tempo sulle rive della Dora, aveva per legato il cardinal Rusconi, vescovo d'Imola, chiamato per derisione il cardinal Coccardina. Costui fu l'esecutore degli ordini esosi, emanati dalla Corte romana contra i liberali della provincia a lui soggetta. Le vessazioni s'iniziarono la notte del 13 luglio 1821. [...] Gli arrestati vennero in parte trascinati in lontane carceri, rinchiusi o per meglio dire seppelliti in orride segrete, in parte scacciati dal suolo natío ed in perpetuo condannati all'esiglio. [...] E chi può narrare in dettaglio tutti i mali che allora s'inflissero alle Romagne? L'odio contro la tirannide clericale non ebbe più freno, s'infiltrò anche dove non era mai penetrato [...]. Non val meglio morire, esclamavasi, con un'arma in mano, che marcire in un fondo di carcere, o morire soffocato dal duro ed amaro pane dell'esiglio?»².

Queste colorite e drammatiche considerazioni di un liberale di parte carbonara, pubblicate in una stagione di evidente repressione – da parte ecclesiastica, specificamente esercitata mediante il cardinale delegato del Papa – sono svolte con sdegno nei confronti della repressione delle insorgenze pre-unitarie, peraltro esercitate da un potere ecclesiastico, che dovrebbe ispirarsi a ben altro criterio etico-politico. Esse ben introducono al senso delle presenti riflessioni circa il progressivo auspicato superamento della carcerazione cosiddetta affittiva, nell'intento del pieno recupero della dignità della persona: ancorché privata della libertà, essa dovrebbe dimorare in luoghi, come si vedrà dal punto di vista della bioetica religiosa e personalistica³, i quali dovrebbero sempre più trasformarsi in ambienti di redenzione, piuttosto che restare dei meri luoghi di detenzione, in cui addirittura esser segregati e marcire. L'Autore ottocentesco, infatti, si riferisce non soltanto a una fase in cui repressione violenta, carcerazione ed esilio erano ritenuti, da parte del potere ecclesiastico, degli strumenti ancora validi per arginare fenomeni considerati allora delinquenziali, in quanto attentavano al potere ecclesiastico costituito, ma ben caratterizzavano linguisticamente, dal punto di vista degli oppressi e delle vittime, il carcere duro del tem-

2 P. UCCELLINI, *Memorie di un vecchio carbonaro ravegnano*, con annotazioni storiche a cura di Tommaso Casini; presentazione di Donatino Domini, Ravenna, 2003, 11.

3 In merito, rinvierei a: P. GIUSTINIANI (a cura di), *Discussioni di bioetica*, Napoli, 2009; P. GIUSTINIANI, *Per una bioetica senza aggettivi: le tappe di un percorso*, in R. Prodomo (a cura di), *25 anni di bioetica a Napoli: i protagonisti e le idee*, Milano, 2020; cfr. anche N. MANGIAMELI, *La bioetica autopoietica. Oltre la bioetica religiosa e laica*, Viterbo, 2009. Inoltre, *Bioética personalista: ciencia y controversias*, editorias Gloria María Tomás y Garrido-María Elena Postigo Solana, Madrid, 2007.

po: in esso, come letterariamente indica l'Autore, si era, infatti, destinati a *marcire* e, quanto ai provvedimenti di esilio, ben si sapeva che essi avrebbero comportato dei giorni di *pane duro e amaro*.

Quanto è effettivamente cambiato, oltre alla tanta acqua passata sotto i ponti del tempo? A ben vedere, in ben altro quadrante storico contemporaneo, senza tuttavia abrogare un ordinamento civile e penale in Vaticano, il Pontefice Francesco ha significativamente ribadito, nel corso del suo primo anno di pontificato sia la giurisdizione civile che penale del minuscolo Stato del Vaticano, senza escludere la carcerazione, anzi ri-aprendo le *galere pontificie*⁴, seppur senza più prevedere per essa dei caratteri afflittivi. Di fatto, il Papa ha confermato, tra l'altro, che, nei luoghi vaticani di detenzione, che dunque non sono esclusi o soppressi, si debba mirare alla redenzione del carcerato, anche ricorrendo a pene alternative al carcere: «All'inizio dell'esecuzione il condannato elabora, d'intesa con il giudice dell'esecuzione, un programma di trattamento e reinserimento contenente l'indicazione degli impegni specifici che assume anche al fine di elidere

4 Si parla formalmente di carcerazione, ad esempio, nel 'caso di Paolo Gabriele', accusato di fuga di notizie riservate, sottratte a papa Benedetto XVI, e andate a convergere, il 20 maggio 2012, nella narrazione del libro del giornalista Gianluigi Nuzzi dal titolo *Sua Santità. [dalla scrivania del papa le prove degli scandali del Vaticano]*, Milano, 2017. Gabriele venne posto, appunto, in stato di arresto, come si evince dalla *Requisitoria del promotore di giustizia* del 13.8.2012 (Prot. N. 8/12 Reg. Gen. Pen.), pubblicata dal *Bollettino della Sala stampa della Santa Sede* del 13.8.2012. Seppur morbida, la carcerazione è stata di fatto altresì prevista in Vaticano, sempre sotto il pontificato di Francesco, con l'irrogazione di altre condanne, come avviene, per esempio, nel 2016, nel corso del processo detto 'Vatileaks 2'. Del resto, il potere giudiziario vaticano, secondo la legge del 21 novembre 1987, n. CXIX e la legge n. LXVII del 24 giugno 2008, ha come suoi organi un Giudice unico, un Tribunale, una Corte d'Appello e una Corte di Cassazione, i quali esercitano le loro attribuzioni a nome del Sommo Pontefice. Le rispettive competenze sono stabilite nei *Codici di procedura civile e di procedura penale* vigenti nello Stato, nonché dal *Motu proprio* sulla giurisdizione degli organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano in materia penale dell'11 luglio 2013: AAS 105 (2013), 651-653. Tale *Motu proprio* viene significativamente promulgato da Francesco nel suo primo anno di pontificato. Non viene, perciò, esclusa la carcerazione, anche se la Lettera apostolica in forma di *Motu proprio* recante modifiche in materia di giustizia (*Bollettino della Sala Stampa della Santa Sede*, 16 febbraio 2021) ammorbidisce la pena restrittiva ai fini di un più efficace reinserimento del detenuto nella società: «Art. 17-bis. – Al condannato ad una pena restrittiva della libertà personale, il quale durante l'esecuzione della pena abbia tenuto una condotta tale da far presumere il suo ravvedimento ed abbia proficuamente partecipato al programma di trattamento e reinserimento, è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione da quarantacinque a centoventi giorni per ogni anno di pena scontata»,

o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni. Il condannato, a tal fine, può proporre lo svolgimento di lavori di pubblica utilità, di attività di volontariato di rilievo sociale nonché condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa»⁵.

In estrema sintesi, si potrebbe dire, come peraltro si è fatto nel titolo del presente paragrafo, che anche la suprema Autorità religiosa di oggi prevede la punizione in carcere, seppur senza più quell'afflittività temuta e condannata dalla narrazione del carbonaro risorgimentale. Di conseguenza, in vista del miglioramento delle condizioni di vita nelle carceri, non soltanto in Vaticano, ma in riferimento ai luoghi di pena tutto il mondo, il Papa si spende in varie occasioni, dalle quali vorremmo ora ricavare le motivazioni etiche e bioetiche di volta in volta addotte, in vista di una valutazione critica. Non è un caso che, nel corso della sua visita ai detenuti di Castrovillari, il medesimo Pontefice abbia ribadito che il carcere (anche quello a cui devono essere sottomessi i criminali mafiosi e gli aderenti a organizzazioni illegali) viene irrogato allo scopo prevalente dell'effettivo reinserimento nella società. Di conseguenza, anche il più incallito dei peccatori-delinquenti, giustamente condannato dalla Magistratura, ha, secondo quest'orientamento etico, ancora possibilità di ravvedersi, quindi di riparare, anzi di redimersi. Questo sarebbe non solo un'intenzione umana, ma il progetto stesso divino. Dio, infatti, ha ribadito esplicitamente papa Francesco, «mai condanna. Mai perdona soltanto, ma perdona e accompagna. Il Signore è un maestro di reinserimento: ci prende per mano e ci riporta nella comunità sociale. Il Signore sempre perdona, sempre accompagna, sempre comprende; a noi spetta lasciarci comprendere, lasciarci perdonare, lasciarci accompagnare»⁶.

3. Rispetto alle argomentazioni già addotte da papa Pio IX contro il Granduca del Baden, insomma, molta acqua – sia teoretica che etica – è passata sotto i ponti dei rapporti tra cittadini del Vaticano e cittadini degli Stati contemporanei. Rapporti spesso, come nel caso italiano, normati da Trattati e Concordati. Papa Pio IX, da parte sua, in nome della peculiare teoria della «Chiesa come principato», a fine Ottocento configurava la Chiesa ancora come vera e perfetta società la quale, per non essere cir-

5 *Motu proprio* recante modifiche in materia di giustizia (*Bollettino della Sala Stampa della Santa Sede*, 16 febbraio 2021), ivi.

6 FRANCESCO, Visita Pastorale a Cassano all'Jonio, Incontro con i detenuti del Carcere di Castrovillari, 21 giugno 2014, in AAS 106 (2014), 603.

coscritta da alcun confine di paesi, non deve neppure esser sottoposta ad alcun comando civile, anzi in ogni angolo della terra deve poter esercitare liberamente la sua potestà e i suoi diritti per la salute degli esseri umani. Insieme, veniva ribadita dal medesimo papa Pio IX la critica radicale a tutti quei libri – da mettere, pertanto, nell'*Index librorum prohibitorum*⁷ – che propagandassero la cancellazione della teoria che configurava la Chiesa come un «principato»⁸.

Ben diversamente si sarebbe posto, nella seconda metà del secolo ventesimo, il Concilio ecumenico vaticano secondo, nella Costituzione dogmatica *Lumen Gentium*, che non soltanto superava il *Syllabus errorum* del 1864 – in cui Pio IX aveva respinto tra gli errori del tempo anche le libertà religiosa e di coscienza –, ma abbandonava altresì la nozione centrale di Chiesa come *autonomo principato*, quindi con le sue norme, i suoi metodi repressivi e le sue carceri. La realtà ecclesiastica era definita ormai in una pressoché esclusiva chiave teologica, ma non senza implicazioni sociali e giuridiche, cioè quale *communio* in cui sussiste una medesima realtà terrestre e divina: «La società costituita di organi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, l'assemblea visibile e la comunità spirituale, la Chiesa terrestre e la Chiesa arricchita di beni celesti, non si devono considerare come due cose diverse; esse formano piuttosto una sola complessa realtà risultante di un duplice elemento, umano e divino»⁹. In tal modo, la mai abbandonata nozione di Chiesa quale *societas perfecta inaequalis* (tipica dell'eredità controriformistica moderna) veniva esplicitamente correlata con quella di Chiesa-*communio*, in un tendenziale equilibrio fra la realtà giuridica e quella propriamente teologica. È tale correlazione che, nel 1983, conduce alla stesura dei due nuovi *Codici di diritto canonico* sia

7 In merito, cfr. D. PATTINI, P. RAMBALDI, *Index librorum prohibitorum: note storiche attorno a una collezione*, Roma, 2012. Si ricordi che in Santa Sede esisteva una specifica *Congregazione dell'Indice*, abolita soltanto nel 1965, sotto papa Paolo sesto, allorquando si ribadisce che non sono più in vigore il can. 1399, «quo quidam libri ipso iure prohibentur», e il can. 2318 «quo quaedam poenae feruntur in violatores legum de censura et prohibitionem librorum (AAS 68 [1966], 1186); ormai lo «Index librorum prohibitorum. Servat suum vigorem moralem; non amplius tamen vim legis ecclesiasticae habet cum adiectis censuris». Il card. Ottaviani ricorda la data di soppressione del 7 dicembre 1965: «Post Litteras Apostolicas, a verbis incipientes "Integrae servandae" Motu Proprio datas die VII mensis decembris anno 1965» (AAS 68 [1986], 445).

8 Pio IX, *Allocuzione Multis gravibusque* (17.12.1860): <https://www.vatican.va/content/pius-ix/it/documents/allocuzione-multis-gravibusque-17-dicembre-1860.html> (accesso del 12.1.2023).

9 *Constitutio dogmatica de ecclesia. Lumen Gentium*, in AAS 57 (1965), 5-71: 11-12.

per le Chiese di rito latino che per le Chiese cattoliche orientali¹⁰. È stato perciò giustamente osservato in ottica giuridico-canonica: «Nella concezione ecclesiologica del Vaticano II la *Communio* nasce dal fatto che la Chiesa universale esiste concretamente solo nella misura in cui si realizza nelle Chiese particolari e dal fatto che essa, in quanto realtà concreta – non solo ideale e astratta – è costituita a sua volta dalle Chiese particolari. La Chiesa universale che si realizza nelle Chiese particolari è la stessa che si costituisce dalle Chiese particolari»¹¹.

Da questa diversa impostazione, se ne ricava, sul piano del tema che qui c'interessa, la nuova curvatura nel proporre i temi dei diritti della persona, della sua dignità, nonché la diversa visione del carcere che si avvia a configurarsi, così, soprattutto come un *mondo penitenziale*. Nessuna meraviglia che, al momento della visita al carcere *Buoncammino* di Cagliari, il 20 ottobre 1985, papa san Giovanni Paolo II possa correlare la situazione dei carcerati con il ricordo esplicito delle varie incarcerazioni di Gesù e degli Apostoli, non senza evidenziare, tra gli stati d'animo di chi viene privato della libertà personale, la profonda tristezza, la solitudine, l'angosciosa paura per il giudizio degli altri e per quanto ad esso potrà seguire, la logorante attesa di un processo, che non di rado appare dilazionato troppo nel tempo. Un vero e proprio recupero dei temi che oggi si configurano nei termini del rispetto della dignità umana del carcerato, ben diversamente dalle opzioni ecclesiastiche ottocentesche, allorché si discettava, da parte ecclesiastica, di libelli ingiuriosi, dignità del sovrano e del governo, contro gli allarmanti ed incendiari¹², nonché diversamente dalla Chiesa postconciliare novecentesca, che ancora si preoccupa di correggere quegli autori che pubblicassero tesi contrarie ai principi della fede e della dottrina morale, additandoli alla pubblica riprovazione. A quella che oggi viene finalmente considerata una sconcertante situazione, il Pontefice attuale può altresì opporre l'invito a comprendere il desiderio dei carcerati di una vita migliore, diversa, profondamente maturata grazie all'esperienza stessa del dolore. Ne consegue che la società viene sollecitata a disporsi a non più configu-

10 Cfr. *I due codici. Codice di diritto canonico, Codice dei canoni delle chiese orientali*, Bologna, 2012.

11 E. CORECCO, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella chiesa e nella società. Aspetti metodologici della questione*, n. 7: <https://www.eugeniocorecco.ch/scrritti/scrritti-scientifici/ius-et-communio/ius-et-communio-14/> [15.1.2023].

12 Cfr. TRIBUNALE SUPREMO DELLA SAGRA CONSULTA, *Bologna: libelli ingiuriosi la dignità del sovrano, e governo, allarmanti ed incendiari e ritenzione di una quantità di stampe...: per la curia ed il fisco contro Luigi Menichetti carcerato*, Roma, 1833.

rare il carcere come luogo di sofferenza e di punizione, bensì a capire che chi va in carcere dev'essere, in primo luogo, educato a rientrare nel civile consorzio, per portarvi ancora un messaggio di pace, di civiltà, di fraternità, improntata al dialogo e all'amicizia sincera¹³.

Si assiste, insomma, nell'arco di un centinaio di anni, ad un vero e proprio *crescendo* nella cosiddetta configurazione personalistica del carcere, come viene ora definitivamente sancito nell'enciclica *Fratelli tutti* di papa Francesco. Essa domanda, infatti, non soltanto l'abolizione della pena di morte da tutte le legislazioni, ma il miglioramento *tout court* delle condizioni carcerarie, fino ad analogare l'ergastolo stesso a una *pena di morte mascherata*. E lo fa, significativamente, in nome del principio etico del *rispetto della dignità umana*, che viene affermato come condiviso dai cristiani e da tutte le persone di buona volontà: «Tutti i cristiani e gli uomini di buona volontà sono dunque chiamati oggi a lottare non solo per l'abolizione della pena di morte, legale o illegale che sia, e in tutte le sue forme, ma anche al fine di migliorare le condizioni carcerarie, nel rispetto della dignità umana delle persone private della libertà. E questo, io lo collego con l'ergastolo. [...] L'ergastolo è una pena di morte nascosta»¹⁴.

13 *Discorso* di Giovanni Paolo II ai detenuti del carcere circondariale *Buoncammino*, nel corso della Visita pastorale in Sardegna (Cagliari, 20.10.1985): https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1985/october/documents/hf_jp-ii_spe_19851020_carcere-cagliari.html (accesso del 12.1.2023).

14 *Lettera enciclica Fratelli tutti del santo Padre Francesco sulla fraternità e l'amicizia sociale* (3.10.2020), n. 268: https://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html (accesso del 12.1.2023). In nota, sul punto viene richiamato il *Discorso alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale* (23 ottobre 2014), in AAS 106 (2014), 840-841.842. In esso, il Papa aveva lamentato le deplorevoli condizioni detentive che si verificano in diverse parti del pianeta, condannando in primo luogo la *tortura e altre misure e pene crudeli, inumane e degradanti*; alla tortura viene correlata, in quanto configurabile come vera e propria forma di tortura, quella che si applica mediante la reclusione in carceri di massima sicurezza per certe categorie di detenuti. Il Papa ricorda, inoltre, che la mancanza di stimoli sensoriali, la completa impossibilità di comunicazione e la mancanza di contatti con altri esseri umani, provocano sofferenze psichiche e fisiche come la paranoia, l'ansietà, la depressione e la perdita di peso e incrementano sensibilmente la tendenza al suicidio. Qualche anno dopo, il Pontefice ritorna sull'uso arbitrario della carcerazione preventiva (che, a suo avviso, lede il principio per cui ogni imputato dev'essere trattato come innocente fino a che una condanna definitiva stabilisca la sua colpevolezza); sulla demagogia punitiva di certe forze dell'ordine, che degenerano in incentivo alla violenza o in uno sproporzionato uso della forza; sul ri-emergere della cultura dello scarto e dell'odio, con il ritorno di azioni tipiche del nazismo che, con le sue persecuzioni

Da ciò vien fatto derivare, sul piano etico, un netto e comunitario no al male; un vero e proprio atteggiamento agonico, cioè un combattimento spirituale, cui deve far seguito la constatazione, anche canonica, che chi non è in comunione con Dio, a motivo dell'adesione ostinata dentro una strada di male, non è in comunione né con il Signore, né con la Chiesa¹⁵. Questo riconoscere di non essere in comunione con Dio, appare un appello a intraprendere un cammino di redenzione umana e di reinserimento sociale, ovvero di conversione: da intendere non come atto intimistico, bensì come proiezione sul piano storico di un'avvenuta trasformazione esistenziale. Un cammino che esige, comunque, la riparazione per il male inferto agli altri e al corpo sociale, nonché per le ingiustizie commesse a danno delle persone e della società. Nel caso specifico delle criminalità mafiose, che affliggono ancora la nostra società complessa, l'espiazione-riparazione nel periodo della carcerazione non potrà, certo, ridare vita agli uccisi, o alle vittime dei reati e degli atteggiamenti mafiosi o corruttivi; ma potrà, almeno, contribuire alla ricostruzione personale e spirituale e, soprattutto, potrà, generando nel carcerato una vita diversa, attaccare il male alla radice, per demolire le fondamenta stesse dell'organizzazione mafiosa.

Un sommo Pontefice può, pertanto, dire oggi, in maniera accorata e pubblica, a quanti ancora si trovano e persistono in queste strutture di peccato a convertirsi a Gesù: «Egli ha fiducia nell'uomo! Comprendete così, più degli altri, il valore del dolore, del pentimento, della conversione, del ritorno al Padre. Siete in certo qual modo più vicini alla misericordia di Dio, perché potete riflettere e ritrovare la gioia del ritorno a Dio che vi accoglie a braccia aperte. Se umanamente siete soli, Cristo è con voi per ridarvi fiducia, per alleviare il vostro dolore, mostrandovene l'utilità per l'intera Chiesa, che ha sempre bisogno di confrontarsi con la sofferenza umana per vivere la sua fedeltà a Cristo». Così si esprime San Giovanni Paolo II, parlando ai detenuti del carcere di Reggio¹⁶, non senza indicare significati-

contro gli ebrei, gli zingari, le persone di orientamento omosessuale, rappresenta il modello negativo per eccellenza di cultura dello scarto e dell'odio; il ricorso al *lawfare* con la costruzione di imputazioni false contro dirigenti politici. Cfr. *Discorso del santo Padre Francesco ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'associazione internazionale di diritto penale* (15.11.2019), in AAS 111 (2019), 1884-1891. Questo discorso sollecita a una *giustizia penale restaurativa*, oltre che a un sistema penale per i reati contro l'ambiente.

15 In merito, cfr. V. BERTOLONE, *L'enigma della zizzania: il metodo Puglisi di fronte alle mafie*, prefazione di Santi Consolo; postfazione di Enzo Bianchi, Soveria Mannelli, 2016.

16 GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai detenuti del carcere di Reggio Calabria* (7 ottobre 1984), n. 2:

vamente il tempo della detenzione come periodo ‘medicinale’ per tornare nella società rinnovati: «Se crescerà in voi lo spirito cristiano – proseguì il Papa – potrete con sincerità riconoscere le vostre colpe, cercare il perdono di quanti avete danneggiato [...]»¹⁷.

Quali sono le principali conseguenze da sottolineare ai nostri fini in tale più recente impostazione?

In primo luogo, ai fini del rispetto della dignità della persona detenuta, l’ottica etico-sociale aperta al religioso sottolinea il diritto di ogni persona all’esercizio della propria libertà religiosa. In tale ottica, in Italia, l’art. 26 della legge 354/1975 sull’ordinamento penitenziario riconosce ai detenuti e agli internati la libertà di professare la propria fede, di istruirsi nella propria religione, di praticarne il culto. Anzi il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123, ha modificato l’art 9 dell’ordinamento penitenziario, prevedendo che al diritto ai pasti, si aggiunga, ai detenuti che ne fanno richiesta, la garanzia, seppur ove possibile, un’alimentazione rispettosa del loro credo religioso.

In secondo luogo, nasce l’interrogativo su quali siano i fattori che garantiscano effettivamente, anche nell’ottica della criteriologia religiosa più recente della santa Sede, la dignità del detenuto, seppur in condizioni di arresto e detenzione. L’elenco sintetico di tali fattori si può ricavare, anche dal punto di vista dell’amministrazione della giustizia in Vaticano, dal citato provvedimento dei magistrati nel caso Gabriele. Da esso ricaviamo, infatti, quattro significativi elementi: assicurare le condizioni per un’appropriata vita carceraria e per una conveniente assistenza medica; un’adeguata assistenza spirituale (nel caso specifico conosciamo che viene permesso a Gabriele di partecipare con la moglie all’eucaristia domenicale); e, ancora, un idoneo sostegno sia legale che familiare...

4. L’orizzonte etico-sociale di tutto questo discorso, al di là delle sue espressioni tecniche, appare chiaramente ricavato dalla nozione di *dignità umana* che, tra l’altro, fu presa esplicitamente in esame dai padri del Concilio ecumenico vaticano secondo. Se a fine Ottocento, allorquando era ancora paventato di poter *marcire in carcere*, papa Leone XIII, tra gli effetti perversi provocati dal peccato originario, ascriveva tutti i mali sociali che affliggono gli esseri umani al motivo che essi non si lasciano più orientare

https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1984/october/documents/hf_jp-ii_spe_19841007_carcere-reggio.html [14.1.2023].

17 Ivi.

dalla «natura» (legge naturale) e, quindi, sul piano dei rapporti interumani, non nutrono più dei sentimenti di reciproca benevolenza, anzi passano alla guerra senza rispetto per la comune natura umana e per la *dignità* umana¹⁸, i padri del Concilio ecumenico vaticano secondo (1962-1965) fanno come un balzo in avanti. Promulgano, infatti, la Dichiarazione *Dignitatis humanae*, che viene redatta appunto in relazione al tema della libertà religiosa della persona umana¹⁹, proclamando solennemente anche che cosa essi intendano con l'espressione, che ormai entra correntemente nel gergo del Magistero: *dignità della persona*. Tutti gli esponenti dell'umanità sono delle persone (soggetti intellettivi e volenti) e, per questo, investiti del compito di riconoscimento della verità; compito che, tuttavia, può essere adempiuto soltanto a condizione che ogni persona goda della libertà psicologica e quindi sia immune da qualunque coercizione esterna: «A motivo della loro dignità, tutti gli esseri umani, in quanto sono persone, dotate cioè di ragione e di libera volontà e perciò investiti di personale responsabilità, sono dalla loro stessa natura e per obbligo morale tenuti a cercare la verità, in primo luogo quella concernente la religione. E sono pure tenuti ad aderire alla verità una volta conosciuta e ad ordinare tutta la loro vita secondo le sue esigenze. Ad un tale obbligo, però, gli esseri umani non sono in grado di soddisfare, in modo rispondente alla loro natura, se non godono della libertà psicologica e nello stesso tempo dell'immunità dalla coercizione esterna»²⁰.

Il progressivo riconoscimento storico di tale dignità apre altresì lo sguardo ad aspetti, per così dire, assopiti della rivelazione cristiana, che dimostrano, come si afferma, il rispetto di Cristo stesso verso la libertà umana degli esseri umani nell'adempimento di qualunque dovere, anche quello spirituale di credere alla parola di Dio. La riconosciuta dignità della persona umana implica altresì che essa, sul piano sociale e concreto, debba godere di libertà e responsabilità nell'agire individuale e associato. Il che comporta, tra l'altro, che ogni persona debba «essere immune da ogni umana coercizione in materia religiosa»²¹. Non vi è, nel contesto citato, nessun discorso esplicitamente riferito al carcere o ai luoghi di detenzione, ma si afferma significativamente che gli Stati, anche in riferimento all'espres-

18 LEO XIII, *Epistola ad episcopos Brasiliae* (5.5.1888), in ASS 20 (1887), 545-559.

19 Concilio ecumenico vaticano secondo, Dichiarazione *Dignitatis humanae sulla libertà religiosa* (7.12.1965). Cfr. *Declaratio de libertate religiosa. De iure personae et communitatum ad libertatem socialem et civilem in re religiosa*, in AAS 58 (1966), 929-946.

20 Ivi, n. 2: AAS 58 (1966), 930-931.

21 Ivi, n. 12: AAS 58 (1966), 938-939.

sione sociale della fede religiosa, hanno il «diritto di proteggersi contro i disordini che si possono verificare sotto pretesto della libertà religiosa». La conseguenza sta nel riconoscimento della legittimità che il potere civile ha nel prestare una tale protezione. Essa è, tuttavia, da compiere «non in modo arbitrario o favorendo iniquamente una delle parti, ma secondo norme giuridiche, conformi all'ordine morale obiettivo: norme giuridiche postulate dall'efficace difesa dei diritti e dalla loro pacifica armonizzazione a vantaggio di tutti i cittadini, da una sufficiente tutela di quella autentica pace pubblica che consiste in una vita vissuta in comune sulla base di una onesta giustizia, nonché dalla debita custodia della pubblica moralità»²².

È in quest'orizzonte che acquistano significato le indicazioni, che troviamo oggi asserite anche nell'organismo vaticano di amministrazione della giustizia, di una bioetica religiosa che esige un'appropriata vita carceraria, una conveniente assistenza medica, un'adeguata assistenza spirituale, nonché l'idoneo sostegno legale e familiare. Se ne ricavano diverse interessanti conseguenze. Ma qui piace segnalarne almeno due.

In primo luogo, se la pena dev'essere rivolta ad assicurare la redenzione del colpevole e la sua reintegrazione attiva nel tessuto sociale (in nome del principio orientatore che è quello della dignità della persona umana), ne consegue che gli ordinamenti giuridici della vita carceraria debbano essere ispirati alla concezione secondo cui, oltre che la restaurazione dell'ordine violato, le carceri devono perseguire l'obiettivo di re-integrare attivamente nel tessuto sociale. Come intervenire perché il sistema carcerario sia sempre più rispettoso della condizione umana e ai carcerati siano assicurate condizioni di vita più consone alla dignità umana? Cosa fare perché si favorisca la rieducazione e la formazione dei detenuti e non si ammettano mai più vessazioni o trattamenti disumani? Di qui la necessità di passi sempre più spediti per la prevenzione e il monitoraggio pluridisciplinare delle condotte suicidarie²³, particolarmente nella direzione dei presidi sanitari presenti in istituto penitenziario e di servizio minorile, per adottare procedure di accoglienza che consentano di attenuare gli effetti potenzialmente traumatici della privazione della libertà e mettere in atto gli interventi necessari a prevenire atti di autolesionismo, che sono ormai

22 Ivi, n. 7: AAS 58 (1966), 934-935.

23 Cfr. *Piano nazionale per la prevenzione di condotte suicidarie nel sistema penitenziario per adulti*, di cui all'Accordo ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 281/1997, sul documento recante il «Piano nazionale per la prevenzione delle condotte suicidarie nel sistema penitenziario per adulti» (Repertorio atti n. 81/CU) – 27 luglio 2017: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_7_1.page?contentId=SCA127310&previousPage=mg_14_7 [14.1.2023].

esplicitamente ascritti a eventi derivanti dalle comuni condizioni di vita e non necessariamente da condizioni di patologia dei soggetti detenuti²⁴. O anche l'approfondimento di vie sanzionatorie alternative rispetto alla carcerazione²⁵, forse anche superando, almeno parzialmente, la dicotomia tra delitti e contravvenzioni (superamento dell'ergastolo cosiddetto ostativo, ridimensionamento dei massimi di pena, instaurazione della detenzione domiciliare e di altre sanzioni non detentive, quali l'obbligo di prestare attività socialmente utili, l'affidamento in prova ai servizi sociali, la pena pecuniaria, la confisca).

In secondo luogo, è significativa la corrispondenza di queste istanze di ordine ecclesiale con quanto viene enunciato in Italia dalla *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati*²⁶, contenente un vero e proprio *elenco di diritti* del detenuto, fin dal primo ingresso nel luogo di detenzione, garantendogli, tra l'altro, almeno per due ore al giorno o, in determinati regimi di custodia, per un tempo più breve ma non meno di un'ora d'aria; un'alimentazione sana e adeguata alle condizioni della

24 Un discorso a sé stante riguarda l'*appropriatezza delle strutture* per la giustizia minorile in Italia, laddove bisogna tener conto dei *Centri per la Giustizia Minorile* (CGM) (organi del decentramento amministrativo); degli *Istituti Penali per i Minorenni* (IPM), che assicurano la custodia cautelare o l'espiazione di pena da parte di minorenni (in merito si tratta di garantire i diritti soggettivi dei minori, per esempio quello alla salute e alla crescita armonica sia fisica che psicologica, il diritto alla non interruzione dei processi educativi in atto e a mantenere i legami con le figure significative per la loro crescita); degli *Uffici di Servizio Sociale per i Minorenni* (USSM), che forniscono assistenza ai minorenni autori di reato (ipotesi progettuali concorrendo alle decisioni dell'autorità giudiziaria minorile, oltre che attività di sostegno e controllo nella fase di attuazione del provvedimento dell'autorità giudiziaria a favore dei minori sottoposti a misure cautelari non detentive); i *Centri di Prima Accoglienza* (CPA), che ospitano i minorenni in stato di arresto, fermo o accompagnamento fino all'udienza di convalida (situazione psicologica e sociale del minorenne, risorse disponibili sul territorio per quel caso con l'obiettivo di fornire all'Autorità giudiziaria competente, tutti gli elementi utili).

25 Cfr. le considerazioni della *Commissione Grosso – per la riforma del codice penale* (1 ottobre 1998) – *La riforma del sistema sanzionatorio* (allegato alla *Relazione del 15 luglio 1999*):

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS31484&previousPage=mg_14_7 [14.1.2023].

26 *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati – Allegato al decreto 5 dicembre 2012*:

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC804721&previousPage=mg_14_7 [14.1.2023]. Con il termine 'detenuto' si indica qui una persona ristretta in un istituto di pena senza specificarne la posizione giuridica. Con il termine 'istituto penitenziario' comunemente chiamato carcere, si indica il luogo chiuso e isolato dalla società, destinato ad accogliere i detenuti.

persona (tre pasti al giorno; acqua potabile, fornello personale, acquisto, a proprie spese, di generi alimentari e di conforto – cosiddetto ‘sopravvito’ –, diritto di ricevere dall’esterno analoghe merci in pacchi); diritto alla salute, con prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, previste nei livelli essenziali e uniformi di assistenza (come indicati nella Carta dei servizi sanitari); diritto di praticare il proprio culto, di fruire dell’assistenza spirituale del cappellano cattolico e di partecipare ai riti religiosi nelle cappelle cattoliche o nei locali adibiti ai culti acattolici; diritto a non subire mezzi di coercizione fisica a fini disciplinari (quali l’uso delle manette); corsi scolastici a livello di scuola d’obbligo e di scuola secondaria superiore, fruizione di corsi universitari, fruizione e gestione di biblioteche interne, attività culturali, sportive e ricreative che fanno parte del trattamento rieducativo; partecipazione, a richiesta, ad attività lavorative, sia all’interno dell’istituto (cuciniere, barbiere, magazziniere...) che all’esterno.

Oltre ad essere delle misure premiali, tutte queste sono la traduzione amministrativa nell’ordinamento penitenziario delle istanze derivanti dai principi della libertà religiosa e della dignità della persona umana.

5. «Fa’, o Signore, che mai non dimentichiamo come il giorno della prova è la occasione più propizia per purificare gli spiriti, praticare le più alte virtù e acquistare i maggiori meriti; fa’ che nei nostri cuori dolenti non penetri il disgusto che tutto dissecca, la sfiducia che non lascia campo al sentimento della fraternità; il rancore che prepara il cammino ai cattivi consigli, e teniamo sempre presente che, nel toglierci la libertà del corpo, nessuno ha potuto privarci di quella dello spirito, che nelle lunghe ore della nostra solitudine può elevarsi fino a te per meglio conoscerti e amarti ogni giorno più». Ecco i passaggi più significativi della *Preghiera dei carcerati di sua Santità Pio XII*, pubblicata il 10.4.1958²⁷ e destinata soprattutto ai fedeli astretti in carcere per i più svariati motivi, anche ingiustamente messi in carcere, ai quali una voce nel fondo della coscienza dice che non sono colpevoli, e soltanto un funesto errore giudiziario li ha condotti in questo carcere. A tutti, ai quali, anche nella privazione della libertà fisica, è ricordata la persistente libertà dello spirito, viene ormai aperta da Pio XII la prospettiva del *cammino nuovo della rigenerazione*, che è di fatto l’altro nome della redenzione.

27 *Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII*, XX, Ventesimo anno di Pontificato, 2 marzo – 9 ottobre 1958, Città del Vaticano, 1958, 536-537.

Di *riscatto* del detenuto si parlerà testualmente, da parte ecclesiastica, nel Giubileo che inaugura il terzo millennio cristiano, in vista del quale si auspica l'adeguamento del sistema penale alla dignità della persona pur nel bilanciamento con le esigenze dell'ordine pubblico: «Il tema è stato affrontato più volte nel corso della storia e non pochi progressi sono stati realizzati nella linea dell'adeguamento del sistema penale sia alla dignità della persona umana sia all'effettiva garanzia del mantenimento dell'ordine pubblico. Ma i disagi e le fatiche vissute nel complesso mondo della giustizia e, ancor più, la sofferenza che proviene dalle carceri testimoniano che ancora molto resta da fare. Siamo ancora lontani dal momento in cui la nostra coscienza potrà essere certa di avere fatto tutto il possibile per prevenire la delinquenza e per reprimerla efficacemente così che non continui a nuocere e, nello stesso tempo, per offrire a chi delinque la via di un riscatto e di un nuovo inserimento positivo nella società. Se tutti coloro che, a diverso titolo, sono coinvolti nel problema volessero approfittare dell'occasione offerta dal Giubileo per sviluppare questa riflessione, forse l'umanità intera potrebbe fare un grande passo in avanti verso una vita sociale più serena e pacifica»²⁸. Non si tratta solo di un'affermazione di principio, in vista di un'effettiva rieducazione della persona, richiesta sia in funzione della dignità sua propria, sia in vista del suo reinserimento sociale. Il carcere, tramontato il timore di un luogo 'in cui si marcisce', viene ormai configurato come un tempo di riabilitazione e di maturazione, sia per recuperare una persona che possa validamente contribuire al bene di tutti, sia per depotenziarne la tendenza a delinquere e la pericolosità sociale. Di qui la centralità della funzione rieducativa della pena e della realizzazione integrale della giustizia che, in ottica esplicitamente cristiana diviene per il detenuto occasione di assaporare la redenzione cristiana.

Di qui altresì la convergenza con le riflessioni collegate alla cosiddetta giustizia riparativa. La Direttiva 2012/29/UE: *vittima e giustizia riparativa nel sistema penale* (ottobre 2014), all'art. 2, comma 1, d), definiva la «giustizia riparativa» (che non è soltanto una raccomandazione, ma un atto), come «ogni procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni sorte dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale. Secondo gli organismi ministeriali italiani, tale definizione è orientata alle riparabili conseguenze del reato, pressoché identica a quella veicolata dalla

28 *Messaggio del sommo Pontefice Giovanni Paolo II per il Giubileo nelle carceri* (9.7.2000), n. 5. Se ne veda cenno esplicito nel carcere di Regina Coeli in AAS 92 (2000), 734-738.

fondamentale Raccomandazione n R (99)19 «sulla mediazione in materia penale» (pressoché coincidente definizione di cui alla Risoluzione ONU 12/2002). L'Unione Europea, insomma, ha ormai preso atto che il concetto e la portata della mediazione in materia penale si sono nel tempo articolati ed è emersa la necessità di una più ampia, comprensiva categoria, fa riferimento ai servizi di giustizia riparativa, «fra cui ad esempio la mediazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi» (considerando 46). Siamo di fronte a una felice convergenza con istanze frattanto maturate dalla bioetica sociale d'ispirazione religiosa. Nel linguaggio proprio dei luoghi italiani di reclusione, si parla testualmente di trattamento rieducativo, nel senso che esso deve tendere al reinserimento sociale delle persone recluse, secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti, e comunque conforme ad umanità, assicurando il rispetto della dignità della persona, principalmente in riferimento all'istruzione, al lavoro, alla religione, alle attività culturali, ricreative e sportive, anche mediante agevolazione dei contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. *Ri-educare* diviene, forse, il verbo laico che traduce l'istanza religiosa di *redimere*?

RAFFAELE SANTORO
LE RELIGIONI IN DETENZIONE:
FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLE PENE
E DIALOGO INTERCULTURALE

SOMMARIO: 1. L'alleanza tra religione e detenzione nelle dinamiche di esecuzione della pena e rieducazione del reo. 2. La libertà religiosa nell'ordinamento penitenziario. 3. La funzione rieducativa della pena tra diritto canonico e diritto islamico. 4. Il contributo della Santa Sede per l'abolizione di ergastolo e pena di morte.

1. In ambito penitenziario l'appartenenza confessionale assume un rilievo significativo sotto molteplici profili, dai quali emergono in modo evidente le interazioni esistenti fra diritto, religioni e culture¹. Il fattore religioso, oltre a poter essere un elemento connesso – direttamente o indirettamente – all'azione criminale², può fornire un positivo sostegno alle

-
- 1 Cfr. A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2022, 283 ss.
 - 2 A tale riguardo, circa i reati culturalmente motivati, cfr. S. FERRARI, *Libertà religiosa e sicurezza nazionale in Europa dopo l'11 settembre*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2005, 164. In merito, *ex plurimis*, si veda anche S. ATTOLLINO, *Le nuove frontiere del crimine religiosamente motivato: sul metodo interculturale di prevenzione e contrasto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14, 2020, 1 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2010, 1 ss.; J.A. RODRIGUEZ GARCIA, *Libertad religiosa y terrorismo islamista*, Madrid, 2018. Inoltre, in merito al rapporto tra religione e vincolo di appartenenza all'organizzazione criminale, cfr. F. ALICINO, *Lo Stato laico costituzionale di diritto di fronte all'emergenza terroristica islamista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2, 2018, 1 ss.; F. BALSAMO, *Le normative canoniche antimafia*, Cosenza, 2019; P. BIRTOLO, *Religioni e terrorismo*, in *Sapienza*, 61, 2008, 305 ss.; A. DINO, *La mafia devota. Chiesa, religione, Cosa Nostra*, Roma-Bari, 2008, 44 ss.; G. CASUSCELLI, *Il diritto penale*, in G. Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2015, 140 ss.; A. MANTINEO, *La condanna delle mafie nel recente Magistero: profili penali canonistici e ricadute nella prassi ecclesiale delle Chiese di Calabria e Sicilia*, Cosenza, 2016, 77 ss.; S. PALAZZOLO, M. PRESTIPINO, *Il codice Provenzano*, Roma-Bari, 2007, 128 ss.

dinamiche di attuazione delle finalità costituzionali cui deve tendere la pena (art. 27, comma 3, Cost.)³, potendo la religione apportare un efficace contributo alla rieducazione del reo.

Il secolare rapporto tra detenzione e religione, alimentato anche dalla dimensione emendativa che ha contraddistinto l'applicazione delle pene nei diritti confessionali, rende «innegabile il ruolo che la religione può avere nel cammino riabilitativo dei condannati, sia come percorso di fede personale, sia attraverso l'intervento di associazioni di volontariato di matrice religiosa»⁴.

Ciò può avvenire non solo tra le mura carcerarie, attraverso l'intervento dei ministri di culto che svolgono il servizio di assistenza spirituale⁵, ma anche in tutti quei casi in cui è possibile il ricorso all'applicazione di misure alternative alla pena detentiva, tra le quali, ad esempio, l'affidamento a servizi sociali oppure a comunità non carcerarie.

Proprio a tale riguardo, si registra un contributo positivo delle confessioni religiose e dei relativi enti convenzionati che operano nell'ambito dell'assistenza sociale o del volontariato per la realizzazione di una «giustizia "riparativa" che insegna al colpevole ad essere responsabile ed a dialogare con chi ha subito il torto e con la comunità»⁶.

Gli enti religiosi, qualora anche ETS⁷, possono assumere un ruolo positivo anche nei casi di sospensione del procedimento e messa in prova, introdotta con la legge n. 67 del 2014, «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili» (artt. 3-8)⁸. In questo caso, il lavoro

3 Cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 321. A tale riguardo, si veda anche M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

4 M.L. LO GIACCO, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni nelle carceri. Prime riflessioni*, in E. Camassa (a cura di), *Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Napoli, 2016, 160.

5 Cfr. R. SANTORO, *Religione e detenzione. La libertà religiosa oltre le mura carcerarie*, Napoli, 2020, 123 ss.

6 R. CRISILEO, *Dal perdono responsabile all'abolizione del carcere, attraverso le misure alternative*, in *Ristretti Orizzonti*, 29 ottobre 2017, 1.

7 In merito, si rinvia ampiamente ad A. FUCCILLO, R. SANTORO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi ETS. Tra diritto speciale e regole di mercato*, Napoli, 2019.

8 In merito a questo istituto, si rinvia ampiamente a E. ANTONUCCIO, *La messa alla prova per adulti*, Milano, 2019; A. DI TULLIO D'ELISIIS, *La messa alla prova per l'imputato*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014; M.L. GALATI, L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015; G. PIERONI, S. ROLLINO (a cura

di pubblica utilità, eventualmente svolto anche a favore di una comunità religiosa, costituisce parte obbligatoria e integrante del programma di trattamento per l'esecuzione della prova⁹.

La piena tutela dei diritti fondamentali del detenuto impone necessariamente di superare anche in questo delicato ambito ad alto impatto sociale la c.d. «cultura dello scarto»¹⁰, nella consapevolezza che «le carceri hanno bisogno di essere sempre più umanizzate»¹¹.

In questa prospettiva, la dimensione centrale che la religione assume nella vita dell'uomo, in ragione del forte condizionamento che essa produce sul suo agire¹², si riflette in modo significativo anche sull'adempimento del dovere costituzionale di predisporre un trattamento penitenziario conforme ad umanità e tendente alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3, Cost.)¹³.

Il trattamento penitenziario deve essere diretto ad assicurare il rispetto della dignità della persona, di cui è parte integrante l'esercizio delle molteplici facoltà che sostanziano il diritto di libertà religiosa¹⁴. L'organizzazione della vita intramuraria in tutti i suoi elementi deve essere, dunque, improntata ad assoluta imparzialità e senza discriminazioni determinate dall'origine o dall'appartenenza confessionale¹⁵, essendo peraltro punita ogni violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà (art. 13, comma 3, Cost.).

di), *L'esecuzione penale esterna e la messa alla prova degli adulti. Verso la giustizia di comunità*, Pisa, 2018.

9 Si pensi a tale riguardo, ad esempio, alla *Convenzione per lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità* tra il Tribunale di Lecce e la Parrocchia Maria della Luce in San Matteo del 24 febbraio 2016.

10 FRANCESCO, *Discorso alla delegazione dell'Istituto Dignitatis Humanae*, 7 dicembre 2013, 1, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

11 FRANCESCO, *Discorso al personale della Casa circondariale "Regina Coeli" di Roma*, 7 febbraio 2019, 1, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

12 Cfr. A. FUCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, cit., 2.

13 Cfr. M.R. PARRUTI, *Nuove tipologie sanzionatorie e strumenti di giustizia riparativa*, in L. Eusebi (cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015, 93 ss.

14 Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 22 ss.

15 Cfr. A. MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova, 2003, 9 ss.

Per dare attuazione a queste norme costituzionali, sia pure all'interno di un quadro generale che deve ancora completare il proprio percorso di adeguamento¹⁶, sono state introdotte nell'ordinamento penitenziario una serie di misure promozionali della libertà religiosa¹⁷.

All'interno delle mura carcerarie l'esercizio di questo diritto fondamentale, infatti, non può essere del tutto escluso, ma solo ragionevolmente compresso a motivo di superiori esigenze di sicurezza connesse alla stessa condizione detentiva¹⁸.

Del resto, proprio all'interno degli istituti penitenziari si registra una significativa osservanza della pratica religiosa, spesso superiore rispetto a quanto avviene nella società esterna¹⁹, rappresentando la stessa anche un forte elemento di socializzazione²⁰.

Il vigente assetto costituzionale riconosce a tutti il diritto di libertà religiosa (art. 19 Cost.)²¹, il cui esercizio, oltre ad essere un elemento struttu-

16 Cfr. AA.VV., *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013; P. BUFFA, *Umanizzare il carcere. Diritto, resistenze, contraddizioni ed opportunità di un percorso finalizzato alla restituzione della dignità ai detenuti*, Roma, 2015; L. MANCONI, G. TORRENTE, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, 2015.

17 Cfr. ampiamente C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2003; F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015; F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005; S. GIAMBRUNO, *Diritto penitenziario*, Milano, 2006; D. PATE-TE, *Manuale di diritto penitenziario*, Roma, 2001; M. PAVARINI, B. GUZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2005.

18 Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazione sul problema penitenziario*, 17 gennaio 2003.

19 Cfr. B. SENA, *La condizione del detenuto straniero nel carcere italiano. Un'analisi scientifica*, in H. Alford, A. Lo Presti (a cura di), *Il carcere degli esclusi. Le condizioni civili degli stranieri nelle carceri italiane*, Cinisello Balsamo, 2005, 98 ss.

20 Cfr. D. TURCONI, *Religiosità in carcere*, in *Notiziario dell'Ispettorato dei cappellani dell'amministrazione penitenziaria e della giustizia minorile*, 5, 1994, 275.

21 Cfr. R. BERTOLINO, *La libertà religiosa e gli altri diritti umani*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1, 1996, 3 ss.; L. BRUNETTI, *Libertà religiosa e ordine pubblico. Tra bilanciamento e prevenzione*, Bologna, 2019; G. CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Bari, 2007; G. DALLA TORRE, *Dio e Cesare paradigmi cristiani della modernità*, Roma, 2008, 88 ss.; ID., *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Torino, 2003, 72 ss.; P. DI MARZIO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Napoli, 2000; S. FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, Napoli, 2003; A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, 2012; D. FER-

rale della dignità umana²², costituisce uno degli elementi attraverso i quali il detenuto può sviluppare il proprio percorso rieducativo, cui deve tendere la pena (art. 27, comma 3, Cost.)²³.

Per questo stesso motivo, la religione è stata annoverata tra gli elementi di cui ci si avvale principalmente per il trattamento intramurario, unitamente all'istruzione, alla formazione professionale, al lavoro, alla partecipazione ai progetti di pubblica utilità, nonché alle attività culturali, ricreative e sportive, a norma dell'art. 15, comma 1, dell'ordinamento penitenziario.

In ogni caso, per il relativo inserimento nel programma trattamento, è richiesto il consenso dell'interessato²⁴, in quanto

quelli che l'ordinamento penitenziario chiama tecnicamente "elementi del trattamento" (istruzione, lavoro, religione, attività culturali, ricreative e sportive, contatti con il mondo esterno, rapporti con la famiglia), secondo una concezione "laica" del trattamento che crediamo sia oramai patrimonio acquisito, vanno appunto considerati diritti da esercitare, essendo strumenti per la realizzazione della personalità il cui mancato esercizio può compromettere gravemente l'equilibrio fisico-psichico delle persone in stato di detenzione. Trattamento, perciò, non come imposizione di comportamenti e valori in vista di modificazioni soggettive, ma offerta di opportunità e disponibilità che rendano possibile una scelta di vita aderente ai valori della legalità e della civile convivenza.²⁵

Per questo motivo, la finalità rieducativa che anima il trattamento penitenziario «incontra il proprio limite naturale nel principio di umanizzazione della pena, che, salvaguardando la libertà di autodeterminazione del reo,

RARI, *La libertà di coscienza nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Tricase, 2015; F. FINOCCHIARO, *sub art. 19 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, 258 ss.; A. FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, 2005; G. LO CASTRO, *La libertà religiosa e l'idea di diritto*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1, 1996, 36 ss.; M. TEDESCHI (a cura di), *La libertà religiosa*, voll. 1-3, Soveria Mannelli, 2002.

22 Cfr. A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007, 129.

23 Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 222 ss.; M. RIPOLI, *Carcere e diritti*, in I. Fanlo Cortes, M.L. Tasso (a cura di), *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006, 45 ss.; M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Diritto e Società*, 1, 2005, 51 ss.

24 Cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 121.

25 MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Linee Guida in materia di inclusione sociale a favore delle persone sottoposte a provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria*, 19 marzo 2008, 1, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale del Ministero (www.giustizia.it).

esclude ogni ipotesi di risocializzazione coattiva»²⁶. Del resto, il rispetto della dignità della persona e del suo diritto alla diversità sostanzia l'elemento strutturale di questa funzione della pena, la cui rinuncia ne svilirebbe la relativa dimensione etica²⁷.

2. Il legislatore, al fine di adeguare il sistema penitenziario ai principi sanciti nella Costituzione²⁸, con la legge n. 354 del 1975, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», ha sancito il dovere di realizzare un trattamento penitenziario conforme ad umanità e di assicurare il rispetto della dignità della persona (art. 1, comma 1), unitamente a quello di improntare il trattamento penitenziario ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose (art. 1, comma 2).

L'ordinamento penitenziario è stato oggetto di una ampia – ma allo stesso tempo incompiuta – revisione, al fine di migliorare la condizione delle persone sottoposte alle misure restrittive della libertà personale.

A tale riguardo, con decreto legislativo n. 123 del 2018, «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103», è stato modificato il sopra citato art. 1 dell'ordinamento penitenziario, il quale nel novellato testo sancisce che:

a) il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona; esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione (comma 1);

b) il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati (comma 2);

c) ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno (comma 3);

26 A. MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, cit., 11.

27 Cfr. C.M. MARTINI, *Non è giustizia*, Milano, 2003, 31.

28 Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità di esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010, 111.

e) negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà (comma 4);

f) non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari (comma 5);

g) i detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome (comma 6);

h) il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva (comma 7)²⁹.

Con questo intervento è stato modificato anche l'art. 9 dell'ordinamento penitenziario, in materia di alimentazione, prevedendo che ai detenuti che ne fanno richiesta è garantita, ove possibile, un'alimentazione rispettosa del credo religioso (comma 1)³⁰.

Per effetto delle innovazioni introdotte con decreto legislativo, n. 124 del 2018, «Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103», il vigente art. 5 dell'ordinamento penitenziario, inerente le caratteristiche degli edifici penitenziari, sancisce che questi devono essere dotati di locali per le esigenze di vita individuale e di locali per lo svolgimento di attività lavorative, formative e, ove possibile, culturali, sportive e religiose.

Come meglio si vedrà in seguito, la c.d. «Riforma Orlando» non ha coinvolto l'art. 26 dell'ordinamento penitenziario, il quale sancisce:

a) il riconoscimento ai detenuti e agli internati della libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto (art. 26, comma 1);

b) il dovere di assicurare la celebrazione dei riti del culto cattolico, assegnando a ciascun istituto almeno un cappellano (art. 26, comma 2);

c) il riconoscimento agli appartenenti a religioni diverse da quella cattolica del diritto di ricevere, su loro richiesta, l'assistenza dei ministri del proprio culto e di praticarne i riti (art. 26, comma 3)³¹.

29 Cfr. R. SANTORO, *Religione e detenzione. La libertà religiosa oltre le mura carcerarie*, cit., 36 ss.

30 Cfr. A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, cit., 281.

31 Cfr. G. SPANGHER, *Art. 26. Religione e pratiche di culto*, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, 358 ss. Per una ricostruzione storica, si rinvia a F. PIETRANCOSTA, *Carcerazione*,

Quest'ultima previsione normativa, dedicata ai detenuti acattolici, inizialmente prevedeva il riconoscimento di una mera «facoltà», di seguito elevata a «diritto» ex art. 8 della legge n. 663 del 1986 «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»³².

Il combinato disposto di queste norme ha tracciato i cardini della tutela del diritto di libertà religiosa di cui sono titolari detenuti all'interno di un più ampio processo di attuazione dei principi sanciti nell'art. 27 Cost.³³.

Il diritto di libertà religiosa è, dunque, riconosciuto e protetto anche dall'ordinamento penitenziario, essendo estranea al vigente quadro costituzionale l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni giuridiche soggettive primarie attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria. Quest'ultima, infatti, deve necessariamente basarsi sul primato della persona umana e dei suoi diritti fondamentali³⁴.

A tale riguardo, il decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000, «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà», in ragione della necessità di procedere ad una revisione delle norme di esecuzione della legge n. 354 del 1975, anche alla luce dell'evoluzione delle strutture e delle disponibilità della pubblica amministrazione, nonché delle mutate esigenze trattamentali all'interno di un diverso quadro legislativo di riferimento, riconosce ai detenuti il diritto di:

a) usufruire del servizio di biblioteca, organizzato attraverso una selezione di libri e riviste che sia rappresentativa del pluralismo culturale esistente nella società (art. 21, comma 2);

b) partecipare ai riti della confessione di appartenenza, purché compatibili con l'ordine e la sicurezza dell'istituto e non contrari alla legge (art. 58, comma 1);

diritti e condizione detentiva in Italia dal regio decreto 787/1931 alla riforma del 1975, in *Diacronie – Studi di Storia Contemporanea*, 2, 2010, 1 ss.

32 Cfr. A. FABBRI, *L'esercizio della libertà religiosa in carcere, tra garanzie di sicurezza e finalità rieducative: l'esperienza islamica*, in *Democrazia e Sicurezza*, 3, 2021, 99; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 112.

33 Cfr. M.R. PICCINI, *La tutela della libertà religiosa nel sistema carcerario alla prova del multiculturalismo*, in *Polski Rocznik Praw Czlowieka i Prawa Humanitarne*, 2, 2012, 211 ss.

34 Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 26 del 1999. A tale riguardo, si rinvia ampiamente ad AA.VV., *I diritti dei detenuti e la Costituzione*, Roma, 2009.

c) esporre, nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa (art. 58, comma 2)³⁵;

d) praticare, durante il tempo libero, il culto della propria fede religiosa, purché non si esprima in comportamenti molesti per la comunità (art. 58, comma 3);

e) celebrare i riti del culto cattolico, usufruendo di una o più cappelle, di cui deve essere dotato l'istituto in base alle esigenze del servizio religioso; in tale caso, le pratiche di culto, l'istruzione e l'assistenza spirituale sono assicurate da uno o più cappellani in relazione alle esigenze medesime (art. 58, comma 4);

f) usufruire di idonei locali, messi a disposizione dalla direzione dell'istituto, per l'istruzione religiosa, le pratiche di culto da parte degli appartenenti ad altre confessioni religiose, anche in assenza di ministri di culto (art. 58, comma 5)³⁶.

Quest'ultima norma prevede che tali pratiche e l'accesso ai locali messi a disposizione dalla direzione possano avvenire anche in assenza dei ministri di culto, assumendo un rilievo significativo per le attività culturali svolte dai detenuti musulmani³⁷.

Il dovere per l'Amministrazione penitenziaria di tenere conto delle difficoltà linguistiche e delle differenze culturali dei detenuti stranieri nell'esecuzione delle misure privative della libertà personale è sancito nell'art. 35, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica, n. 230 del 2000, «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà»³⁸. È evidente che questa norma, «sia

35 Cfr. R. SANTORO, *I simboli religiosi nell'ordinamento penitenziario italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, dicembre 2010, 1 ss., edito anche in R. Coppola, C. Ventrella (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, Bari, 2012, 379 ss.

36 Cfr. S. ZAMBELLI, *La religione nel sistema penale e tra le mura del carcere*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2001, 468 ss.

37 Cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 129. In merito, si vedano anche S. ANGELETTI, *L'accesso dei ministri di culto islamici negli istituti di detenzione, tra antichi problemi e prospettive di riforma. L'esperienza del Protocollo tra Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e UCOII*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 24, 2018, 1 ss.; M. BINDA, *Segregazione e religione. Analisi del fenomeno dell'assistenza religiosa nelle comunità separate*, Roma, 2022, 126 ss.; A. FABBRI, *L'assistenza spirituale ai detenuti musulmani negli istituti di prevenzione di pena e il modello del protocollo d'intesa: prime analisi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2015, 71 ss.

38 Cfr. A. MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, cit., 99 ss.

pure riferita ai detenuti stranieri, nella parte relativa alle differenze culturali, debba trovare applicazione anche a favore dei detenuti cittadini italiani portatori di un diverso patrimonio culturale»³⁹.

Nel novero dei diritti riconosciuti ai detenuti è assente un richiamo espresso al diritto di propaganda. Questa lacuna, pena l'incostituzionalità delle incomplete disposizioni normative, non può tradursi *eo ipso* in un divieto e trova la sua ragion d'essere nella salvaguardia del diritto degli altri detenuti di non essere costretti a subire l'attività di propaganda per effetto di una convivenza non volontaria⁴⁰.

Il diritto di propaganda religiosa è espressamente riconosciuto a «tutti» dall'art. 19 Cost⁴¹. Ne consegue che durante lo stato di limitazione della libertà personale, determinata dall'applicazione della pena detentiva oppure di una misura cautelare, l'esercizio dell'attività di propaganda, nel suo essere «parte integrante e inscindibile della libertà religiosa»⁴², non può essere del tutto compresso, ma solo ragionevolmente contenuto in spazi e tempi predefiniti, al fine di temperare le modalità del suo svolgimento con il rispetto del diritto alla tranquillità individuale di coloro verso i quali questa attività si indirizza⁴³.

Questo elemento strutturale del diritto di libertà religiosa è infatti indissolubilmente connesso anche alla libertà del soggetto, verso il quale l'attività di propaganda è indirizzata, di mutare la propria appartenenza confessionale⁴⁴.

Queste previsioni strutturano un complesso reticolato normativo posto a presidio del diritto di libertà religiosa del detenuto. La relativa attuazione da parte dell'Amministrazione penitenziaria si pone di diretta connessione con i «contenuti in positivo (libertà di)» della libertà religiosa, i quali sono «ric conducibili all'impegno della Repubblica per la rimozione di ogni ostacolo di ordine economico e sociale che impedisca il pieno sviluppo della persona e la sua effettiva partecipazione alla vita del Paese (art. 3, comma 2, Cost.), e che si attua per i cittadini credenti anche attraverso il soddisfacimento dei loro interessi religiosi»⁴⁵.

39 A. FUCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, cit., 285 ss.

40 Cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 127.

41 Cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *Propaganda religiosa: la libertà silente*, Torino, 2018, 73 ss.

42 A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, 2005, 35.

43 Cfr. M. ATELLI, *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al "door to door"*, Napoli, 2001, 176.

44 Cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *Propaganda religiosa: la libertà silente*, cit., 78.

45 P. CAVANA, *L'oggetto del diritto ecclesiastico*, in G. Dalla Torre, P. Cavana, *Conoscere il diritto ecclesiastico*, Roma, 2006, 98 ss.

3. La funzione rieducativa delle sanzioni penali costituisce uno degli elementi in cui è possibile rintracciare un «consenso per intersezione»⁴⁶ all'interno dei diritti confessionali.

Il diritto penale canonico, riformato da Francesco con la Cost. ap. *Pasce gregem Dei* del 23 maggio 2021⁴⁷ ed elaborato nel corso del tempo sulla distinzione tra *peccatum* e *delictum*⁴⁸, in caso di violazione di una legge o di un precetto penale prevede l'applicazione di pene medicinali e pene espiatorie (can. 1312, § 1 *c.j.c.*). Le prime, dette anche censure, sono dirette alla correzione del reo, mentre alle seconde è affidato il compito di reintegrare la giustizia e riparare lo scandalo (can. 1311, § 2 *c.j.c.*)⁴⁹.

Nello specifico, il vigente *Codex Juris Canonici* non prevede una definizione di censura, per la quale è necessario fare riferimento al *Codex* del 1917, a norma del quale essa è «una pena mediante la quale il battezzato, delinquente e contumace, viene privato di alcuni beni spirituali o annessi agli spirituali, finché non receda dalla contumacia e sia assolto» (can. 2241, § 1). Sotto il profilo strettamente giuridico, la recessione della contumacia «non è soltanto una ritrattazione della cattiva volontà, ma [...], sia che si tratti di censure *ferendae sententiae* sia che si tratti di censure *latae sententiae*, deve essere attuata nel modo voluto dalla legge, cioè il soggetto deve riparare danni e scandalo, o almeno prometterlo di farlo»⁵⁰. Tale elemento costituisce uno dei fattori strutturali dell'indole pastorale che anima anche il diritto penale canonico⁵¹, in prospettiva del perseguimento della *salus animarum* quale *lex suprema* dell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica⁵².

Tutto ciò è strettamente connesso all'essere le sanzioni penali una vera e propria *extrema ratio* visto che l'Ordinario deve provvedere ad avviare la

46 J.M. FERRY, *Le religioni nello spazio pubblico. Contributo per una società pacifica*, Bologna, 2016, 15.

47 Il testo del riformato Libro VI del Codice di Diritto Canonico è edito in L. SABBARESE, *Codice di procedura penale canonica e vaticana*, Molfetta, 2022.

48 Cfr. R. SANTORO, *Le indulgenze. Storia e disciplina canonica*, Caserta, 2013, 24 ss.

49 Cfr. R. BOTTA, *La norma penale nel diritto canonico*, Bologna, 2001, 45 ss.; V. DE PAOLIS, D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI*, Città del Vaticano, 2008, 107 ss.; B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Venezia, 2014, 138 ss.

50 A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 2006, 107.

51 In merito, si rinvia ampiamente a C. MARRAS, *Indole pastorale e carità del diritto penale canonico*, Caserta, 2011.

52 Cfr. P. PALUMBO, *Diritto e persona. Il diritto canonico nell'ecclesiologia conciliare*, Napoli, 2022, 3 ss.

procedura giudiziaria o amministrativa per infliggere o dichiarare le pene solo quando abbia constatato che né con l'ammonizione fraterna, né con la riprensione, né per altre opzioni dettate dalla sollecitudine pastorale è possibile ottenere sufficientemente la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, nonché l'emendamento del reo (can. 1341 *c.j.c.*)⁵³.

Del resto, chi esercita la funzione di governare nella Chiesa, deve custodire e promuovere il bene della stessa comunità e dei singoli fedeli, con la carità pastorale, con l'esempio della vita, con il consiglio e l'esortazione e, se necessario, anche con l'inflizione o la dichiarazione delle pene, secondo i precetti della legge, che sempre devono essere applicati con equità canonica, tenendo presente la reintegrazione della giustizia, la correzione del reo e la riparazione dello scandalo (can. 1311 § 2 *c.j.c.*).

Per questo motivo, in ragione della finalità primaria che si sostanzia nella emendazione del reo, le pene medicinali «non possono essere comminate in perpetuo, né a tempo indeterminato e nemmeno a tempo determinato, né ad arbitrio del superiore, poiché nel momento in cui il soggetto recede dalla contumacia la censura gli deve essere rimessa»⁵⁴.

Con particolare riferimento al rapporto con la funzione rieducativa della pena, dunque, trovano applicazione le pene medicinali, novero nel quale rientrano la scomunica, l'interdetto e la sospensione⁵⁵. A queste pene è affidato un fine medicinale poiché nel concreto «la sanzione mira al superamento di sé stessa tramite un appello alla volontà del delinquente, al quale è prospettato un avvenire di ritorno alla comunione»⁵⁶.

Attraverso la funzione rieducativa delle pene medicinali viene inoltre «avvalorata una concezione non assolutistica, ma relativistica della pena»⁵⁷, ancorata al possibile ricorso a rimedi penali e penitenze (can. 1312, § 3 *c.j.c.*)⁵⁸, quale espressione di un sistema penale a «misura d'uomo»⁵⁹ costantemente proiettato alla sua riconciliazione e risocializzazione⁶⁰.

53 Cfr. M. D'ARIENZO, *Il diritto penale canonico*, in M. D'Arienzo, L. Musselli, M. Tedeschi, P. Valdrini, *Manuale di diritto canonico*, Torino, 2016, 110.

54 A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, cit., 108.

55 Cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Torino, 2018, 243; L. SABBARESE, *Diritto canonico*, Bologna, 2015, 280 ss.

56 B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, cit., 137.

57 *Ibidem*, 137.

58 Cfr. V. DE PAOLIS, D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI*, cit., 208.

59 G. DI MATTIA, *Il diritto penale canonico a misura d'uomo*, in *Revista Espanola de Derecho Canonico*, 47, 2000, 639 ss.

60 Cfr. B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, cit., 137.

La giustizia è uno dei principi essenziali anche dell'Islam⁶¹.

In base a quanto stabilito dal Corano e dalla Sunna, infatti, «i musulmani sono chiamati a contribuire in prima istanza all'instaurazione della giustizia sulla terra e la giustizia caratterizza come attributo principale ogni aspetto della vita e del pensiero del credente»⁶². In ragione di ciò, le leggi, incluso quelle penali, mirano a perseguire il benessere dell'individuo e della comunità dei fedeli, nonché a rifuggire il male⁶³.

In particolare, il sistema penale elaborato dal diritto islamico intende proteggere la società dalle persone pericolose e a scoraggiare il compimento di azioni delittuose⁶⁴. Tale sistema ha una caratteristica alquanto peculiare dal momento che distingue i reati sulla base delle pene previste⁶⁵.

Il diritto penale islamico poggia sui seguenti principi:

- 1) principio della irretroattività della legge penale⁶⁶;
- 2) principio di legalità, il quale impone di qualificare come reati quelle azioni che sono ritenute tali dalla legge islamica;
- 3) principio di proporzionalità tra pena comminata e reato commesso⁶⁷.

Inoltre, nell'Islam la pena ha tra le finalità principali la deterrenza (Cor 5, 38), la retribuzione, la riabilitazione del reo e la tutela della società attraverso l'inabilitazione del colpevole⁶⁸.

In questo contesto culturale, la Carta Araba dei Diritti dell'Uomo sancisce che tutte le persone private della libertà sono trattate con umanità e con rispetto dovuto alla dignità inerente ad ogni persona umana (art. 20, comma 1) e che la finalità del sistema penitenziario è la rieducazione del detenuto in vista della sua reintegrazione sociale (art. 20, comma 3).

61 Cfr. S. FERLITO, *Tradizioni religiose e ordine sociale. Alle origini dell'immaginario giuridico*, Roma, 2022, 144.

62 O. GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Torino, 2005, 13.

63 Cfr. F. OLIOSI, *Giustizia divina, diritti umani*, Napoli, 2020, 131 ss.

64 Cfr. S. FRANCHINI, *Il diritto penale islamico nel Medio Oriente*, Padova, 2019, 39.

65 Cfr. J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, 1995, 183 ss.; M. HASHIM KAMALI, *Crime and Punishment in Islamic Law. A Fresh Interpretation*, New York, 2019.

66 Cfr. D. SCOLART, *L'Islam, il reato, la pena. Dal Fiqh alla codificazione del diritto penale*, Roma, 2013, 10.

67 Cfr. V. FRONZONI, *Principi generali del sistema penale islamico*, in *Diritto e religioni*, 2, 2009, 153 ss.

68 Cfr. R. PETERS, *Crime and Punishment in Islamic Law. Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*, Cambridge, 2005, 19 ss. In merito, si vedano anche S. FRANCHINI, *Il diritto penale islamico nel Medio Oriente*, cit.; V. FRONZONI, *Principi generali del sistema penale islamico*, in *Diritto e religioni*, cit., 153 ss.

Anche nel sistema penale islamico alla pena è dunque associato il fine della riabilitazione del reo⁶⁹, affinché la persona sottoposta ad una sanzione penale non sia in perpetuo stigmatizzata in relazione al suo trascorso di vita, ma venga vista anche dalla società esterna come una persona nuova in prospettiva del relativo reinserimento.

4. Le confessioni religiose intervengono costantemente in ambito intramurario per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti, attraverso le attività nelle quali si articola il sistema di assistenza spirituale⁷⁰, nonché mediante ulteriori componenti della c.d. comunità esterna, tra le quali assumono un rilievo significativo i mediatori culturali.

Le norme che disciplinano il servizio di assistenza spirituale, «non si limitano a garantire la libertà religiosa dei singoli, ma pure il diritto delle confessioni religiose di annunciare il proprio messaggio anche in quei luoghi, attraverso il libero accesso dei rispettivi ministri di culto all'interno degli istituti»⁷¹, per poter svolgere una serie di attività cui è connessa anche la rieducazione del reo.

L'intervento della Santa Sede in questo delicato ambito ad alto impatto sociale non si limita ad una mera enunciazione di principi e valori direttamente connessi alla tutela dei diritti fondamentali della persona, poiché fornisce anche un contributo concreto ed effettivo per il miglioramento delle condizioni di vita dei detenuti.

A tale riguardo, sono significative le parole di Papa Francesco, per il quale

Nelle riflessioni che riguardano i detenuti, si sottolinea spesso il tema del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e l'esigenza di corrispondenti condizioni di espiatione della pena. Questo aspetto della politica penitenziaria è certamente essenziale e l'attenzione in proposito deve rimanere sempre alta. Ma tale prospettiva non è ancora sufficiente, se non è accompagnata e completata da un impegno concreto delle istituzioni in vista di un effettivo reinserimento

69 Cfr. D. SCOLART, *L'Islam, il reato, la pena. Dal Fiqh alla codificazione del diritto penale*, cit., 26 ss.

70 In merito, si rinvia a G. BARBERINI, M. CANONICO, *Diritto ecclesiastico*, Torino, 2013, 283 ss.; P. CONSORTI, *Diritto e religione, Basi e prospettive*, Bari-Roma, 2020, 185 ss.; G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2011, 309 ss.; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2007, 97 ss.; M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2021, 164 ss.; E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve. Diritto ecclesiastico*, Milano, 2019, 219 ss.

71 G. SPANGHER, *Art. 26. Religione e pratiche di culto*, cit., 355.

nella società [...]. Quando questa finalità viene trascurata, l'esecuzione della pena degrada a uno strumento di sola punizione e ritorsione sociale, a sua volta dannoso per l'individuo e per la società.⁷²

Per questo stesso motivo, Papa Francesco ha fermamente condannato la pratica della pena morte⁷³, ritenendo «impossibile immaginare che oggi gli Stati non possano disporre di un altro mezzo che non sia la pena capitale per difendere dall'aggressore ingiusto la vita di altre persone»⁷⁴.

Quale diretta conseguenza di questa riflessione, con Rescritto datato 1 agosto 2018, è stato reso noto che, in occasione dell'Udienza concessa l'11 maggio 2018 al Prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede, Francesco ha approvato la nuova redazione del n. 2267 del Catechismo della Chiesa Cattolica, disponendo nella relativa parte finale che «la Chiesa insegna, alla luce del Vangelo, che la pena di morte è inammissibile perché attenta all'inviolabilità e dignità della persona, e si impegna con determinazione per la sua abolizione in tutto il mondo»⁷⁵.

La nuova formulazione di questa parte del Catechismo della Chiesa Cattolica costituisce la «spinta a un deciso impegno, anche attraverso il rispettoso dialogo con le autorità politiche, affinché sia favorita una mentalità che riconosca la dignità di ogni vita umana e vengano create le condizioni che consentano di eliminare oggi l'istituto giuridico della pena di morte laddove è ancora in vigore»⁷⁶.

Nella scia di questo intervento, Francesco ha ribadito l'inammissibilità della pena di morte proponendone l'abolizione in tutto il mondo⁷⁷. In ragio-

72 FRANCESCO, *Visita pastorale a Cassano all'Jonio. Visita ai detenuti, al personale penitenziario e alle loro famiglie*, Casa Circondariale di Castrovillari, 21 giugno 2014, 1, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

73 N. FIORITA, M.L. GUZZO, *La funzione della pena nel magistero di Papa Francesco*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 6, 2020, 34 ss.

74 FRANCESCO, *Discorso alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, 23 ottobre 2014, 2, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

75 Il testo integrale del Rescritto è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

76 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai Vescovi circa la nuova redazione del n. 2267 del Catechismo della Chiesa Cattolica sulla pena di morte*, 2 agosto 2018, n. 4, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

77 FRANCESCO, *Lettera enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale Fratelli tutti*, 3 ottobre 2020, n. 263, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

ne della equiparazione dell'ergastolo alla pena di morte, evidenziata in più occasioni dal Magistero pontificio⁷⁸, questa pena è stata abolita nell'ordinamento penale dello Stato Città del Vaticano⁷⁹, a testimonianza del relativo contrasto con la dignità della persona.

In questo contesto, è sempre necessario sollecitare costantemente il processo di umanizzazione dei sistemi penitenziari, coinvolgendo attivamente anche i cappellani,

affinché le misure adottate contro il male non si accontentino di reprimere, dissuadere e isolare quanti lo hanno causato, ma li aiutino anche a riflettere, a percorrere sentieri del bene, a essere persone autentiche che, lontane dalle proprie miserie, diventino esse stesse misericordiose. Pertanto, la Chiesa propone una giustizia che sia umanizzatrice, genuinamente riconciliatrice, una giustizia che porti il delinquente, attraverso un cammino educativo e di coraggiosa penitenza, alla riabilitazione e al totale reinserimento nella comunità.⁸⁰

Del resto, proprio all'interno del contesto carcerario emerge in modo evidente il contributo positivo dell'assistenza spirituale, poiché «anche nell'abisso del peccato non si spegne nell'uomo quella scintilla che gli permette di riconoscere il vero bene, di assaporarlo, e di avviare così un percorso di risalita»⁸¹. Per la Chiesa, dunque, la detenzione costituisce una condizione esistenziale che «sollecita la conversione del cuore, orientando e purificando la fede, la speranza e la carità»⁸².

Per questo motivo, in ragione del significativo contributo apportato dai cappellani per la realizzazione di un efficace processo di rieducazione dei detenuti, con evidenti benefici sociali, il servizio di assistenza spirituale è stato previsto in numerosi Accordi e Concordati sottoscritti dalla Santa Sede con altri Stati nell'ambito della sua attività internazionale⁸³.

78 Cfr. FRANCESCO, *Lettera enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale Fratelli tutti*, cit., n. 267.

79 Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE PER LO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, legge 11 luglio 2013, n. IX – *Modifiche al Codice penale e la Codice di procedura penale*, art. 31.

80 FRANCESCO, *Lettera ai partecipanti al XIX Congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e del III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia*, 30 maggio 2014, 4, il cui testo integrale è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

81 BENEDETTO XVI, *La fede. Il dono più grande*, Milano, 2013, 25.

82 M. TOSO, *Quale pastorale carceraria oggi?*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2014, 209 ss.

83 In merito, si rinvia a J.T. MARTIN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, Città del Vaticano, 2000, oltre che agli altri Accordi e Concordati sottoscritti

In questo delicato ambito ad alto impatto sociale, le confessioni religiose, anche attraverso positive azioni di dialogo interculturale, apportano dunque un contributo essenziale per una effettiva umanizzazione dei sistemi penitenziari, quale fattore strutturale di civiltà degli Stati moderni.

successivamente alla pubblicazione di tale raccolta, i cui testi sono editi in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it). In merito, si veda, J. CALVO-ÁLVAREZ, *Desarrollo del derecho concordatario después del CIC de 1983*, in *Ius canonicum*, 98, 2009, 347 ss.; G. GIOVETTI, *L'assistenza religiosa all'interno delle c.d. comunità obbligate nei Concordati di Giovanni Paolo II*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it), agosto 2004, 1 ss. Inoltre, circa il servizio di assistenza spirituale nei Paesi sudamericani, si rinvia a J.G. NAVARRO FLORIA, D. MILANI (a cura di), *Diritto e religione in America Latina*, Bologna, 2010.

CAPITOLO QUINTO
LA CONDIZIONE CARCERARIA
IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

EDUARDO OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ

MORTALIDAD EN EL CONTEXTO PENITENCIARIO, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL FENÓMENO DEL SUICIDIO

SUMARIO: 1. Instituciones y población penitenciaria. 2. La enfermedad mental y la violencia: una relación discutible. 3. Mortalidad en población penitenciaria. 4. El suicidio en la prisión. 5. Conclusiones.

1. Durante las últimas décadas se observa un aumento acelerado y constante de la población carcelaria, lo que se traduce en más once millones de personas privadas de libertad en el mundo, de las cuales más de tres millones se encuentra en prisión preventiva. Las cifras expresan un aumento del 24 % desde el año 2000¹. Las causas de este incremento son complejas, muchas de sus consecuencias son bastante claras: una elevada población carcelaria en condiciones de hacinamiento, vida inhumana y degradante. La mayoría de los sistemas penitenciarios de todo el mundo presentan una sobrepoblación, lo que repercute tanto la salud mental como física de los reclusos, pone en riesgo la seguridad de las prisiones y del personal, y reduce las probabilidades de reinserción. Los países con mayores índices de sobrepoblación son Filipinas (con una tasa de ocupación del 460 %), Haití (450 %) y Guatemala (370 %).

Puesto que las prisiones son lugares permeables, con un recambio anual superior a un tercio de la población reclusa presente en una fecha concreta, se estima que en un año aproximadamente 30 millones de sujetos han permanecido algún tiempo en un centro de detención. La mayoría de las personas encarceladas regresan a su comunidad en un tiempo que oscila de media entre seis meses y tres años².

El fin primordial de las instituciones penitenciarias es garantizar el cumplimiento de las penas impuestas por los jueces, asegurar la custodia de los

1 WORLD PRISON BRIEF INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH (2021), *World Prison Brief*, available at: <http://prisonstudies.org/> (accessed 11 February 2023).

2 JM. ARROYO COBO, *Los centros penitenciarios: un lugar y una población especialmente vulnerables*, in *Revista Interdisciplinaria del Sida*, Vol. 3, 2015, 34 ss.

reclusos y proteger su integridad. Esta misión no sería completa ni eficaz si no estuviera orientada a la reinserción y reeducación social de los sujetos que cumplen condena en los establecimientos penitenciarios. Así mismo, tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados, sin diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otra circunstancias de análoga naturaleza y respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos, no afectados por la condena. Se pretende preparar al condenado para una vida en libertad en la que prime el respeto a las normas sociales y al mandato de las leyes. Por ello, el esfuerzo se dirige, sobre todo, a utilizar los medios educativos y laborales que permita al interno que ha sido liberado enfrentarse con éxito a la nueva situación tras finalizar su estancia en el centro penitenciario. Esta actuación rehabilitadora, se condiciona en cada caso por la múltiple dimensión de la personalidad delincuente, en la que interaccionan factores biológicos, biográficos y socioculturales.

La mayor parte de los internos provienen de grupos vulnerables en exclusión social y como consecuencia de ello, las tasas de enfermedades son mayores en el colectivo penitenciario si las comparamos con la comunidad. Por esta razón, los servicios sanitarios penitenciarios constituyen una oportunidad de intervención para promover la salud entre los segmentos poblacionales desfavorecidos, por lo que deben prepararse para conseguir una sociedad más saludable, acercando los recursos asistenciales a una población que se caracteriza por proceder de los estratos sociales más marginados y, por tanto, más alejados de los recursos asistenciales. Así pues, la adecuada conexión entre la atención sanitaria en los centros penitenciarios y el resto del sistema sanitario público asegura unos mejores índices de salud en la comunidad al contribuir al diagnóstico, tratamiento y seguimiento de un importante número de patologías en un colectivo social, que está especialmente castigado por enfermedades relacionadas con la marginación.

Una característica destacada en numerosos estudios es que en la población reclusa la prevalencia de trastornos mentales es más elevada que en la población general^{3, 4}, con la consiguiente carga asistencial que provoca⁵ y la repercusión social que este hecho motiva. Se estima que uno de cada

3 A. OKASHA, *Mental Patients in prisons: punishment versus treatment*, in *World Psychiatry*, Vol. 3, 2004, 1 ss.

4 S. FAZEL, A.J. HAYES, K. BARTELLAS, M. CLERICI, R. TRESTMAN, *The mental health of prisoners: a review of prevalence, adverse outcomes and interventions*, in *Lancet Psychiatry*. Vol. 3, 2016, 871 ss.

5 E. PÉREZ, *¿Psiquiatría penitenciaria?*, in *Rev. Esp. Sanid. Penit.*, Vol. 6, 2004, 97 ss.

siete internos, tienen una grave depresión o psicosis. Fazel y Seewald⁶, tras realizar un metanálisis sobre estudios realizados entre 1966 y 2010, incluyendo 33.588 presos de 24 países, encuentran una prevalencia de psicosis del 3,6% en varones y del 3,9% en mujeres y de depresión grave del 10,2% en varones y del 14,1% en mujeres. En estudios publicados sobre muestras de internos en centros penitenciarios españoles, la demanda de atención psiquiátrica en internos se sitúa entre el 13,8% y el 25%^{7,8}. Se trata de una población joven (más del 80% tiene entre 18 y 35 años), la mayoría con estudios primarios (70%), el 50% son solteros, viven solos o con su familia de origen y las víctimas de sus delitos suelen ser personas cercanas o familiares. La dependencia a sustancias tóxicas constituye otra patología frecuente en el medio penitenciario con la consiguiente morbilidad resultante de los patrones de consumo y de las sustancias implicadas.

Una cuestión clave es establecer si el cuadro psiquiátrico es consecuencia de su estancia en la prisión o si se trata de sujetos con una patología previa antes de entrar en prisión. Al respecto, las propias condiciones del régimen penitenciario y la ausencia prolongada de libertad son precursoras de trastornos mentales. Además, los problemas de ajuste ante las privaciones y frustraciones de la vida penitenciaria y la imposición de un nuevo código subcultural de valores dan lugar a un proceso de «prisionización» y de patología mental como consecuencia del fallo de los mecanismos de adaptación a la vida carcelaria. Por otra parte, un debate constante, al que posteriormente me referiré, es si los delincuentes con trastornos mentales son pacientes psiquiátricos que terminan en el sistema de justicia penal, ya sea de forma directa o como consecuencia indirecta de su sintomatología psiquiátrica, o son individuos que presentan alguna característica que predispone a un comportamiento criminal, pero independientemente a la enfermedad psiquiátrica. La alta prevalencia de enfermos mentales en los centros penitenciarios nos indica la necesidad de una coordinación y de un tratamiento interdisciplinar puesto que ni el tratamiento penal, ni el criminológico, ni el sanitario de forma exclusiva, son suficientes para la rehabilitación y la reinserción del delincuente.

-
- 6 S. FAZEL, K. SEEWALD, *Severe mental illness in 33,588 prisoners worldwide: systematic review and meta-regression analysis*, in *British J Psychiatry*, Vol. 200, 2012, 364 ss.
 - 7 M. ESPINOSA, R. HERRERA, *Análisis de la demanda y respuesta terapéutica en la relación asistencial establecida entre los centros penitenciarios Puerto-I y Puerto-II con el ESM Bahía en el periodo 1989-2000*, in *La atención a la salud mental de la población reclusa*, Madrid, 2003, 55 ss.
 - 8 JM. ARROYO COBO, *Los centros penitenciarios: un lugar y una población especialmente vulnerables*, cit., 34 ss.

La medida de seguridad constituye una de las posibles respuestas que el ordenamiento jurídico-penal ofrece como mecanismo de control social para facilitar la reinserción social del delincuente. Se aplica en sustitución de una pena, o conjuntamente con ella, en sujetos que, por sus especiales características personales, son susceptibles de tratamiento terapéutico o reeducador. En el art. 96.2 del Código penal español se incluyen las diferentes medidas, entre las que se incluyen el internamiento en centro psiquiátrico, en centro de deshabituación o en centro educativo especial, que deberán ejecutarse en «establecimientos especiales», es decir, independiente de los demás establecimientos penitenciarios. La prohibición de tratos inhumanos y degradantes, constituye un límite expreso a la forma de ejecución. Los abusos producidos durante décadas, especialmente en materia de tratamientos aplicables a enfermos mentales, obligan a mostrarse especialmente vigilantes en este aspecto.

Los hospitales psiquiátricos penitenciarios son centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad a internos diagnosticados con trastornos mentales. La creación de estos centros se remonta a la obra de John Howard (1726-1790), *The State of Prisons in England and Wales* (1777), en la que el autor hizo una rotunda crítica de la convivencia en cárceles de enfermos mentales y sujetos sanos⁹. Aunque las instituciones psiquiátrico-penitenciarias datan de finales del S. XVIII, es considerada precedente de ellos la Bastilla, utilizada como asilo de seguridad en el que se alojaban enfermos mentales criminales. A lo largo del S. XIX se extendieron estas instituciones por Europa y Norteamérica.

Las personas ingresadas en estos centros hospitalarios son consideradas inimputables por presentar cualquier anomalía o alteración psíquica, que les impide comprender la ilegalidad del hecho delictivo. El enfermo mental recluido presenta una connotación más negativa que cualquier recluso violento, no sólo como consecuencia de su enfermedad, tradicional fuente de marginación, sino del marco jurídico-administrativo de su internamiento. Una atención sanitaria adecuada y una atención psiquiátrica específica son medidas terapéuticas que repercuten positivamente y de forma clara sobre el historial de conductas y la reincidencia delictiva tras su puesta en libertad¹⁰. Así pues, la colaboración entre el ámbito judicial y los recursos de salud mental se convierte en un aspecto clave en el abordaje del binomio

9 LF. BARRIOS, *Sobre la institución psiquiátrica penitenciaria*, in *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 27, 2007, 473 ss.

10 D. PRATT, L. APPLEBY, M. PIPER, R. WEBB, J. SHAW, *Suicide in recently released prisoners: a case-control study*, in *Psychology Medical*, Vol. 40, 2010, 827 ss.

enfermedad mental- delincuencia para la piedra angular en la reinserción de estos individuos¹¹.

Los programas de intervención recaen sobre los equipos multidisciplinares y el objetivo principal es conseguir la estabilización psicopatológica de los pacientes y la reducción de su peligrosidad, todo ello, como paso previo a una posible sustitución de la medida de seguridad privativa de libertad por una medida de tratamiento ambulatorio en la comunidad. Es preciso poner de manifiesto la nítida separación que debe existir entre la esfera jurídica (respecto del examen de la imputabilidad del sujeto), y la médica (responsable efectiva del tratamiento), en aras a que el individuo con anomalía o alteración psíquica que comete un delito sea tratado como lo que es, un paciente y no como un preso común. El enfermo mental delincuente ha de ser asumido por el sistema sanitario, no debiendo la gravedad del delito constituir el patrón para la determinación de qué conducta resulta susceptible de tratamiento médico y cuál de mera intervención penitenciaria.

2. La violencia es un fenómeno interpersonal y social que afecta de forma grave al bienestar y la salud de los individuos. Provoca una importante alarma social y una reacción de rechazo e intolerancia generalizada, agravada a menudo por los medios de comunicación, por lo que, tanto los responsables de las instituciones como los expertos interesados en este ámbito buscan medios para su prevención. En cualquiera de sus formas y tipos genera una enorme preocupación en todas las sociedades modernas, en las que el grado de bienestar y desarrollo convierte a este fenómeno en una causa grave del deterioro de la convivencia. Constituye un fenómeno social muy común, pero del que aún desconocemos muchos aspectos críticos para afrontar su prevención y eliminación. Se sabe que es reiterativa y que, en alguna de sus formas, como es el caso de la violencia de género, alcanza niveles de extensión y reincidencia que se pueden calificar de «pandémicos».

Entre las estrategias más útiles para su control se sitúa la prevención y, a la cabeza de esta labor, las técnicas de predicción constituyen el primer paso para tratar la violencia a nivel del caso individual y evitar su continuidad o cronicidad. El concepto, sus causas y consecuencias convocan a juristas, criminólogos, profesionales de la salud, expertos en conducta y trabajadores sociales, que, desde un marcado carácter interdisciplinario,

11 S. FAZEL, J. BAILLARGEON, *The health of prisoners*, in *Lancet*, Vol. 377, 2011, 956 ss.

intentan encontrar soluciones eficaces. Así pues, la adopción de medidas para evitar la violencia se reclama a distintos ámbitos del conocimiento: a los profesionales de la salud, psiquiatras y psicólogos, por la creencia extendida de que se encuentra estrechamente vinculada a la enfermedad mental, el consumo de alcohol y otras sustancias, así como a otros factores individuales como el autocontrol o la agresividad; se pide a los sociólogos y trabajadores sociales que aporten soluciones desde sus competencias para este grave problema asociado a los factores de riesgo social, tales como la marginalidad, la pobreza, las actitudes pro-violentas, etc.; también los educadores y los profesionales de la educación están llamados a esta colaboración porque la prevención escolar a edades precoces puede resolver, en parte, la aparición de comportamientos violentos.

La violencia presenta formas muy diversas de expresión aunque casi siempre, debido a la importancia de sus efectos, es la física su modelo más representativo. También hay otros tipos como la psicológica, económica, negligencia, etc., que conforman este fenómeno y que siempre comparten la intención de dañar. La base de la predicción de la violencia es la peligrosidad. La identificación de este atributo individual se realiza por parte de los jueces, que son asesorados e informados por los peritos forenses quienes analizan, por medio de métodos clínicos el estado peligroso del sujeto principalmente desde un punto de vista psicopatológico. Los avances en la epidemiología psiquiátrica, en la evaluación psicológica y en la criminología han demostrado la insuficiencia de esta estrategia y han propuesto nuevos métodos de predicción basados en la valoración de los factores de riesgo que anticipan la conducta violenta. Así pues, el concepto peligrosidad se está sustituyendo por la valoración del riesgo de violencia, es decir, se evalúa el riesgo futuro de volver a reincidir en delitos o comportamientos violentos. No obstante, una de las limitaciones más importantes en la valoración de la peligrosidad como factor predictor de violencia es su escasa especificidad, ya que hay sujetos únicamente peligrosos para determinados tipos de víctimas y no para otras, aparte de su baja sensibilidad predictiva, es decir, muchos sujetos peligrosos, una vez identificados como tales, no vuelven a reincidir.

Son numerosas las investigaciones que, desde la neurobiología, la genética o relacionados con la adversidad ambiental se vienen realizando para encontrar alteraciones estructurales, bioquímicas, genéticas o factores de aprendizaje relacionados con la etiología del comportamiento violento. El conocimiento sobre estos aspectos, aunque todavía es parcial, tiene un punto de partida sólido y la comprensión de cómo interactúan los diferentes

factores será objeto de futuras investigaciones, que pretendemos abordar desde la Medicina Legal y Forense.

En la actualidad, la presunta, pero errónea, peligrosidad es clave para el estigma y la discriminación que sufren los sujetos afectados^{12,13}. El estereotipo del enfermo mental como una persona violenta parece basarse en parte, en evidencias que identifican una tasa elevada de violencia en un subgrupo de personas con enfermedad mental y está asociada al concepto de peligrosidad como disposición psicológica relacionada con el riesgo de comportamiento violento. Esta consideración parte de una visión obsoleta y en la medida en que la peligrosidad, como disposición innata, deje de aplicarse como elemento predictor de la violencia futura, aquella visión irá desapareciendo¹⁴. Desde una posición totalmente opuesta, muchos investigadores de las ciencias sociales y defensores de los pacientes argumentan que la relación entre trastorno mental y violencia es falsa, prejuiciosa y aumenta el estigma del enfermo mental como un sujeto violento. Así, podemos concluir que la prevalencia de conducta violenta ejercida por los enfermos mentales es de escasa gravedad y de frecuencia inferior a la población general, por lo que el uso del factor enfermedad mental como concepto clarificador y explicativo de una conducta tan compleja como es la acción violenta, no deja de ser una simplificación equivocada, prejuiciosa y arriesgada.

Los estudios que analizan la posible relación entre enfermedad mental y violencia demuestran que la esquizofrenia, especialmente la de tipo paranoide, es el único trastorno que se suele asociar con un riesgo incrementado de conducta violenta, tanto en los varones como en las mujeres¹⁵ especialmente cuando la esquizofrenia coexiste con el abuso de sustancias. Los estudios concluyen que padecer un trastorno mental grave se asocia a un riesgo estadísticamente significativo de presentar conductas violentas, pero si se excluye la comorbilidad con el abuso/dependencia de sustancias, dicho riesgo es limitado y no justifica la toma de medidas que supongan la exclusión de este colectivo de personas del tratamiento en la

12 E. SILVER, *Understanding the relationship between mental disorder and violence: the need for a criminological perspective*, in *Law and Human Behavior*, Vol. 30, 2006, 685 ss.

13 H. STUART, J. ARBOLEDA-FLÓREZ, *A public health perspective on violent offenses among persons with mental illness*, in *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, 654 ss.

14 K. KARIN ARBACH, A. ANDRÉS PUEYO, *Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20*, in *Papeles del Psicólogo*, Vol. 28, 2008, 174 ss.

15 EB. ELBOGEN, SC. JOHNSON, *The intricate link between violence and mental disorder*, in *Archives of General Psychiatry*, Vol. 66, 2009, 152 ss.

comunidad. Otra cuestión distinta, antes comentada, es la prevalencia de enfermedades psiquiátricas en población penitenciaria, superior a la que se observa en población general, y en la que los trastornos por abuso de alcohol y otras sustancias constituyen uno de los mayores problemas que deben afrontar los profesionales que trabajan con esta población^{16,17}. La prevalencia de patología mental en presos es considerable y dada la limitación de recursos de la mayoría de las cárceles, es dudoso que reciban la atención adecuada, según establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A este hecho hay que añadir y poner de relieve que la mayoría de los estudios provienen de países occidentales, por lo que hay que alertar sobre lo que ocurre en países en los que el respeto a los derechos humanos está en entredicho.

Por tanto, el consumo de sustancias tóxicas es, en muchos casos, el origen de la patología psiquiátrica y en otros coexiste con la patología psiquiátrica primaria. En un estudio realizado por nuestro grupo de investigación en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario encontramos una relación entre enfermedad mental y el consumo de drogas y de éste con la comisión de delitos, demostrándose que el consumo de tóxicos aumenta el índice de criminalidad entre cuatro y seis veces¹⁸. En la muestra estudiada tan sólo el 17,6% de los individuos no eran consumidores de ningún tipo de sustancias. Por el contrario, el 27,5% de los sujetos eran policonsumidores, siendo la sustancia más consumida el cannabis o sus derivados (73,5%), al que le sigue el consumo de cocaína (64,7%), alcohol (36,27%) y heroína (20,5%).

3. Tal y como anteriormente hemos comentado, la población penitenciaria muestra particulares características de vulnerabilidad que la diferencian del resto. Hay determinados factores como la marginalidad, el nivel sociocultural, los hábitos tóxicos o las prácticas de riesgo que condicionan una mayor prevalencia de determinadas patologías, entre las que destacan las enfermedades infecciosas, las drogodependencias y los

16 HS. ANDERSEN, *Mental health in prison populations. A review with special emphasis on a study of Danish prisoners on remand*, in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 110, 2004, 5 ss.

17 S. FAZEL, J. DANESH, *Serious mental disorder in 23000 prisoners: a systematic review of 62 surveys*, in *Lancet*, Vol. 359, 2002, 545 ss.

18 E. OSUNA, M. LÓPEZ-MARTÍNEZ, R. ARCE, MJ. VÁZQUEZ, *Analysis of response patterns on the MMPI-2 in psychiatric prison inmates*, in *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 15, 2015, 545 ss.

trastornos mentales. Así pues, la población penitenciaria tiene más probabilidades de morir de forma más prematura que la población general de su mismo grupo de edad¹⁹.

La etiología natural como causa de muerte predomina dentro de las prisiones y las infecciones por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y la tuberculosis han sido consideradas como las principales causas de muerte, a pesar de ser prevenibles y tratables, sin embargo, el conocimiento de los datos a nivel mundial dificulta extraer conclusiones sobre la epidemiología de la mortalidad relacionada con enfermedades infecciosas dentro de las prisiones en diferentes países²⁰. A nivel mundial, en 2014, se estimaba que, de los 10,2 millones de personas encarceladas en un día determinado, aproximadamente el 3,8 % vivían con el VIH, el 15,1 % tenían el virus de la hepatitis C, el 4,8 % tenían el virus de la hepatitis B crónico y el 2,8 % tenían tuberculosis activa²¹. Además, las prisiones contribuyen a la «amplificación» de estas enfermedades debido al hacinamiento y al acceso restringido a la atención médica. Estas infecciones, particularmente si no se analizan ni se tratan, se asocian con una alta morbilidad y mortalidad.

El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (Sida) ha marcado la actividad sanitaria en las prisiones en los últimos 30 años. Hubo momentos en los que la tercera parte de las personas que ingresaban en un centro penitenciario lo hacían infectados por el VIH y hasta el año 2000 el sida era la principal causa de mortalidad en prisión, sin embargo, la disponibilidad de fármacos antirretrovirales ha tenido como consecuencia que la mortalidad por VIH represente hoy menos del 10% de todas las muertes en prisión²².

19 MD. PÉREZ-CÁRCELES, C. ÍÑIGO, A. LUNA, E. OSUNA, *Mortality in maximum security psychiatric hospital patients*, in *Forensic Science International*, Vol. 119, 2001, 279 ss.

20 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), *Health in Prisons European Database (HIPED)*, 2020, available at: <https://apps.who.int/gho/data/node.prisons> (accessed 9 September 2020).

21 K. DOLAN, AL. WIRTZ, B. MOAZEN, M. NDEFFO-MBAH, A. GALVANI, SA. KINNER, R. COURTNEY, M. MCKEE, JJ. AMON, L. MAHER, M. HELLARD, C. BEYER, FL. ALTICE, *Global burden of HIV, viral hepatitis, and tuberculosis in prisoners and detainees*, in *Lancet*, Vol. 388, 2016, 1089 ss.

22 R. BOSWORTH, R. BORSCHMANN, FL. ALTICE, SA KINNER, K. DOLAN, M. FARRELL, *HIV/AIDS, hepatitis and tuberculosis-related mortality among incarcerated people: a global scoping review*, in *Int J Prison Health*, Vol. 18, 2022, 66 ss.

4. El suicidio es una de las causas de muerte más comunes en el ámbito penitenciario^{23,24}. Los casos de suicidio en prisión son objeto de especial seguimiento por las autoridades políticas responsables de las instituciones penitenciarias puesto que son responsables en el ámbito de la protección de los individuos detenidos. También, los intentos autolíticos por parte de los internos constituyen eventos estresantes para los funcionarios y otros presos.

La conducta suicida es un fenómeno multicausal y complejo que ha estado presente en todas las épocas históricas y todas las sociedades, y que se manifiesta por una variedad de comportamientos en un continuo que va desde la ideación en sus diferentes expresiones, pasando por las amenazas, los gestos e intentos, hasta el suicidio propiamente dicho. La presencia de cualquiera de estos indicadores (ideas, amenazas, gestos e intentos) debe considerarse como un signo de riesgo.

Constituye un grave problema de salud pública en todos los países por el gran número de personas afectadas, – fallecidos y su entorno – y sus consecuencias. Se estima que cada año mueren por esta causa más de un millón de personas. El suicidio consumado es la primera causa de muerte violenta en tiempos de paz. Se sitúa entre las tres primeras causas mundiales de muerte en las personas de entre 15 y 44 años y es la segunda causa de muerte entre jóvenes y adolescentes entre 15 y 19 años²⁵. Es un fenómeno social, multifactorial y complejo para el que no hay una única causa. Se suele producir como resultado de una compleja interacción de factores genéticos, biológicos, psicológicos, sociales, culturales y medioambientales; su nivel de riesgo aumenta con la presencia de los factores de riesgo y la ausencia de los protectores. Entre los factores de riesgo destaca la enfermedad mental que se encuentra en un 90% de los casos, con un mayor riesgo si presentan más de un diagnóstico psiquiátrico. Entre las enfermedades con mayor riesgo se encuentran los trastornos depresivos, los trastornos relacionados con el consumo de sustancias y los trastornos de personalidad. Entre los factores protectores se encuentran las creencias religiosas, el apoyo social y familiar, las habilidades sociales, la capacidad de resolución

23 S. FAZEL, M. GRANN, B. KLING, *Prison suicide in 12 countries: an ecological study of 861 suicides during 2003-2007*, in *Soc. Psychiatry Psychiatr Epidemiol.* Vol. 46, 2011, 191 ss.

24 ER. MORGAN, FP. RIVARA, M. TA, DC. GROSSMAN, K. JONES, A. ROWHANI-RAHBAR, *Incarceration and subsequent risk of suicide: A statewide cohort study*, in *Suicide Life Threat Behav.* Vol. 52, 2022, 467 ss.

25 WHO, *Informe Suicide worldwide in 2019*, Ginebra, 2020.

y afrontamiento de problemas, el autocontrol, la alta autoestima, la elevada resiliencia y la participación social.

El suicidio constituye una muerte de etiología violenta y, por tanto, de investigación judicial, por lo que los casos de suicidio identificados quedan registrados tras la realización de la preceptiva autopsia. Sin embargo, se sabe que las cifras existentes sobre registros de defunciones a nivel oficial son inferiores a los suicidios existentes, no solo por los múltiples criterios de definición de suicidio que condicionan los resultados, sino también porque no siempre es posible diferenciar entre suicidio, homicidio, muerte accidental o natural. El suicidio exige la intencionalidad de morir, es decir, una intencionalidad suficientemente acreditada. Hay métodos donde este hecho está claramente acreditado, pero en otros puede no ser tan evidente, ejemplos son la muerte por un tóxico o por una precipitación, en los que la determinación entre muerte accidental, homicida o suicida puede permanecer confusa.

La prisión constituye un entorno cerrado que no permite la autonomía ni la autorregulación de las personas y, en la mayoría de las ocasiones, con un gran número de internos, por lo que conforma un espacio estresante, en el que son frecuentes las ideaciones autolíticas. En una reciente revisión, realizada en 2022, en 19.822 sujetos encarcelados en 20 países, se constata que las personas privadas de libertad presentan un mayor riesgo de suicidio que la población general²⁶. Una de cada diez personas (9,7 %) intentó suicidarse en algún momento durante su encarcelamiento, siendo la prevalencia tres veces superior a la que se da en la población general²⁷. Las mujeres (12,2%) tenían una mayor prevalencia de intentos de suicidio que los varones (8,6%), pero esta diferencia no fue significativa. Entre los factores predisponentes los más importantes son la existencia de ideaciones autolíticas previas, la morbilidad psiquiátrica y los problemas derivados del consumo de alcohol y de otras sustancias. También destacan la importancia que tiene el entorno penitenciario en el riesgo de suicidio. En este sentido, el confinamiento, la victimización, el escaso apoyo social y las infracciones disciplinarias son factores que incrementan la probabilidad de intentar suicidarse durante el encarcelamiento.

El suicidio puede abordarse desde la perspectiva del estrés psicosocial, pues el ingreso en un centro de detención conlleva un proceso de adaptación psicológica en el que intervienen e interactúan estresores ambientales

26 L. FAVRIL, J. SHAW, S. FAZEL, *Prevalence and risk factors for suicide attempts in prison*, in *Clin Psychol Rev.* Vol. 97, 2022. doi: 10.1016/j.cpr.2022.102190.

27 MC. CASTILLEJOS, P. HUERTAS, P. MARTIN, B. MORENO KUSTNER, *Prevalence of suicidality in the European general population: A systematic review and meta-analysis*, in *Archives of Suicide Research*, Vol. 25, 2020, 810 ss.

(como pueden ser la humedad, el frío, el calor, el ruido) condiciones higiénicas y sanitarias deficientes, el hacinamiento, la falta de intimidad, la falta de apoyo social, la limitación de perspectivas y una pérdida de opciones para afrontar las adversidades. Además, el impacto psicológico del arresto y del encarcelamiento, la discriminación, la marginalidad, la dificultad de acceso a los servicios de salud... son otros factores de riesgo. Todo ello conforma un bosquejo de factores que predisponen a la conducta suicida que llega a ser percibida por el individuo como la forma de salir de una situación que causa desesperación.

Entre los factores protectores hemos de considerar aquellos elementos que promueven y garantizan la estabilidad de la situación clínica y psicosocial. Se incluyen tanto factores individuales como relacionados con el entorno sociofamiliar y contextual. Entre los factores individuales se incluyen las habilidades sociales, la capacidad de resolución de problemas, el autocontrol de la impulsividad, la autoestima, las estrategias de afrontamiento y la capacidad de resiliencia. Entre los factores externos destacan la accesibilidad a los dispositivos de salud, la existencia de red social y familiar adecuada, la participación social y la restricción a métodos letales de suicidio²⁸.

La OMS y la Comisión Europea (CE) llevan muchos años alertando de las deficiencias del tratamiento de los problemas de salud mental en los centros penitenciarios. En la población penitenciaria se concentran diversos factores de riesgo que la OMS asocia al suicidio, tales como: aislamiento social y ruptura de relaciones, bajo nivel socioeconómico, problemas judiciales, abuso de sustancias, trastornos mentales y enfermedades físicas que reducen la esperanza de vida²⁹.

En el ámbito del Hospital Psiquiátrico Penitenciario los factores predisponentes a la conducta suicida se intensifican, puesto que al entorno carcelario se le une la enfermedad psiquiátrica. En un estudio que hemos realizado en un Hospital psiquiátrico penitenciario³⁰ el 31,4% de los sujetos se considera en riesgo de suicidio, como consecuencia de la patología

28 A. FLEISCHMANN, JM. BERTOLETE, D. WASSERMAN, D. DE LEO, J. BOLHARI, NJ. BOTEAGA, D. DE SILVA, M. PHILLIPS, L. VIJAYAKUMAR, A. VÄRNIK, L. SCHLEBUSCH, HT. THANH, *Effectiveness of brief intervention and contact for suicide attempters: a randomized controlled trial in five countries*, in *Bull World Health Organ*, Vol. 86, 2008, 703 ss.

29 WHO, *Suicide*, Copenhagen, 2021. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/suicide>.

30 E. OSUNA, M. LÓPEZ-MARTÍNEZ, R. ARCE, MJ. VÁZQUEZ, *Analysis of response patterns on the MMPI-2 in psychiatric prison inmates*, cit., 545 ss.

que padece o de circunstancias predisponentes y/o precipitantes y el 4,9% de los sujetos han desarrollado algún intento autolítico previo. Estos datos son preocupantes, como también son los publicados en España por la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria³¹ que en el Informe Epidemiológico sobre Mortalidad en Instituciones Penitenciarias, publicado en 2020, establece que el 21,3% de los internos han intentado alguna vez quitarse la vida y que el 11,3% de la población interna ha realizado al menos un intento de suicidio estando en prisión. Es presumible que las cifras de suicidios serían superiores si se discriminaran muchos de los casos de muertes por uso de drogas y sobredosis, así como algunas muertes consideradas como accidentales.

En España, el Defensor del Pueblo en su Informe anual³² subraya que el primer deber de la Administración Penitenciaria, como responsable de la protección y cumplimiento de los derechos de los presos, es preservar la vida, la integridad y la salud de las personas a su cargo, que se encuentran privadas de libertad y en un contexto de sujeción especial. Así pues, la prevención de la conducta suicida en las prisiones se ha convertido en una prioridad. Se trata de una causa de «mortalidad evitable», susceptible de intervención mediante políticas sanitarias. Los servicios de salud mental deben contar con los recursos adecuados para abordar el alto nivel de necesidades insatisfechas entre personas en prisión. Las estrategias dirigidas a grupos de alto riesgo se den basar en la identificación temprana del riesgo y deben complementarse con estrategias organizativas, que incluyen medidas destinadas a promover la actividad útil y un apoyo social significativo, así como aquellas para reducir la victimización en prisión. Además, es necesario un enfoque multinivel que aborde tanto las vulnerabilidades clínicas como los factores estresantes específicos propios de la prisión³³. Los esfuerzos de prevención deben estar integrados y relacionados, ya que es probable que ningún enfoque de forma aislada pueda impactar en un comportamiento complejo como es el intento de suicidio. Esto requerirá

31 SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (SGIP), *Informe General 2019*, Madrid: Ministerio del Interior, 2020.

32 DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2020 sobre los centros penitenciarios*, Madrid, 2021.

33 S. STIJELJA, BL. MISHARA, *Preventing suicidal and self-injurious behavior in correctional facilities: A systematic literature review and meta-analysis*, in *EClinical Medicine*, Vol. 51, 2022, doi.org/10.1016/j.eclinm.2022.101560.

una política intersectorial y una respuesta que involucre a las agencias de salud, la atención social y la justicia penal³⁴.

Un momento también crítico en la muerte suicida son las primeras semanas inmediatamente posteriores a la liberación de la prisión, al poder encontrarse el sujeto privado de importantes recursos, aparte del pobre apoyo social y familiar, los problemas emocionales y otros factores como el consumo de alcohol y de otras sustancias³⁵. Por ello, es también necesario adoptar medidas durante la transición del sujeto desde el medio penitenciario en su retorno a la sociedad. En un estudio realizado en Suecia por Haglund y otros autores³⁶ encuentran una incidencia 18 veces superior en detenidos tras su salida de prisión en relación a la población general, particularmente durante las primeras cuatro semanas. En este sentido, la Estrategia Nacional de Prevención del Suicidio en Inglaterra incluye acciones diana sobre aquellos individuos que abandonan la prisión³⁷, entre las que se encuentra un especial seguimiento social de estos sujetos, en los que el período de transición entre la vida en prisión y fuera de ella, se convierte en un período determinante y de especial vulnerabilidad. En este aspecto, es necesario subrayar la necesidad de llevar a cabo un seguimiento clínico y esfuerzos preventivos para este grupo de alto riesgo, asignando los recursos adecuados que faciliten la transición a la vida fuera de la prisión.

5. La estrategia tradicional, limitada a reaccionar frente a la delincuencia provocada por la enfermedad mental únicamente con medidas penales no es suficiente. Se deberían adoptar medidas con un enfoque más amplio, que tengan como objetivo minimizar e incluso suprimir aquellos factores individuales, familiares, sociales y culturales que la favorecen. A su vez, es necesario establecer redes de recursos socio-sanitarios que incluyan programas alternativos a las medidas estrictamente terapéuticas

34 L. FAVRIL, *Epidemiology, risk factors, and prevention of suicidal thoughts and behaviour in prisons: A literature review*, in *Psychologica Belgica*, Vol. 61, 2021, 341 ss.

35 IA. BINSWANGER, PJ. BLATCHFORD, RG. LINDSAY, *Risk factors for all-cause, overdose and early deaths after release from prison in Washington state*, in *Drug Alcohol Depend*, Vol. 117, 2011, 1 ss.

36 A. HAGLUND, D. TIDELMALM, J. JOKINEN, N. LÅMGSTRÖM, P. LICHTENSTEIN, S. FAZEL, B. RUNESON, *Suicide After Release From Prison: A Population-Based Cohort Study From Sweden*, in *J Clin Psychiatry*, Vol. 75, 2014, 1047 ss.

37 S. FAZEL, M. GRANN, B. KLING, *Prison suicide in 12 countries: an ecological study of 861 suicides during 2003–2007*, cit., 191 ss.

que posibiliten la normalización social del enfermo mental y la integración social en la comunidad.

Según hemos comentado en la población penitenciaria se observan unas connotaciones negativas: la enfermedad mental y la conducta delictiva que implican altos niveles de marginación social. El debate sobre la custodia exclusiva del enfermo mental en centros psiquiátricos es una constante desde hace décadas y cada vez son más quienes abogan por nuevas vías de intervención tales como la vigilancia médica especializada³⁸ bajo forma de tratamiento externo. Para que esta medida sea eficaz ha de incluir las tareas de rehabilitación y reinserción y requiere, básicamente, dos elementos: recursos en forma de redes y programas individualizados.

El tratamiento médico externo debe desarrollarse en un medio comunitario, en el ámbito de la Psiquiatría Comunitaria, como «antítesis con el hospital psiquiátrico»³⁹. El modelo de servicios de la Psiquiatría Comunitaria parte de la existencia de un conjunto mínimo de dispositivos de naturaleza sanitaria que forme una red comunitaria de dispositivos de salud mental que incluye Estructuras básicas de atención (Centro de Salud Mental o los equipos interdisciplinares de Salud Mental, la Unidad Psiquiátrica en el Hospital General, Hospital de Día), Estructuras de rehabilitación (Unidad de Rehabilitación Comunitaria, Unidad de Rehabilitación Hospitalaria) y Estructuras para grupos de población específicos, entre las que se encuentran las Unidades de Atención a Alcohol y Drogodependencias (de gran interés en un número importante de pacientes mentales delincuentes) y las Unidades Psicogeriátricas (adecuadas para aquellos pacientes ancianos internos en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios).

En aquellos casos en los que surja un agravamiento de la patología, lo procedente es la hospitalización en la correspondiente Unidad Psiquiátrica del Hospital General. Ante una evolución desfavorable por parte del sujeto (falta de adherencia al tratamiento, incumplimiento de las medidas de seguridad) lo procedente es un análisis del caso por parte de los especialistas y una serena reflexión en sede judicial acerca de los motivos del «fracaso». El regreso al internamiento debe ser el último recurso, ya que puede tener múltiples causas, que es preciso analizar por el equipo multidisciplinar que atiende al paciente. Los servicios de salud mental comunitarios de la red sanitaria general no están siendo eficaces en el abordaje preventivo, asis-

38 L.F. BARRIOS FLORES, *La Psiquiatría Penitenciaria: perspectiva histórica y problemas presentes*, en *Sociedad Española de Psiquiatría Legal*, Edición III, 2003, 17-30.

39 F. TORRES GONZÁLEZ, *Psiquiatría comunitaria*, en Vallejo Ruiloba, J., Leal Cercós, C., *Tratado de Psiquiatría*, *Ars Médica*, Barcelona, Vol. 2, 2005, 2180-2191.

tencial ni rehabilitador de pacientes graves, sobre todo, en aquellos que viven en situaciones de pobreza, marginación o exclusión social. La consecuencia de esta situación es que estas poblaciones, que tienen un alto riesgo de incurrir en comportamientos delictivos, puedan verse en la práctica sometidas a un trasvase en su asistencia, desde los espacios psiquiátricos normalizados al espacio institucional penitenciario, pasando previamente, en la mayoría de los casos, por el espacio social de la marginalidad.

Una cuestión que merece una reflexión es si el «Sistema Nacional de Salud» se encuentra en condiciones de asumir a un colectivo como el que nos ocupa en el seno de su red asistencial, sobre todo en el caso de pacientes que han protagonizado graves delitos, han creado elevada alarma social y cuyo pronóstico de peligrosidad futura es dudoso, lo que también, sin duda alguna, dificulta su regreso a la vida en comunidad. Las instituciones psiquiátricas de seguridad son, en la práctica, inevitables, pero también es verdad que son necesarias instituciones intermedias y, sobre todo, una red asistencial comunitaria que permita la reinserción social de los pacientes que han cometido delitos graves.

Para concluir también tenemos que realizar otra reflexión importante: si existen instituciones psiquiátricas de seguridad es porque, en determinadas ocasiones, el sistema ha fallado y los autores de gravísimos delitos no los habrían cometido si se hubiera detectado a tiempo su condición personal y si hubieran recibido el tratamiento que les correspondía, y al que además tenían derecho.

EMANUELA FURRAMANI

IL REGIME SPECIALE NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI DI MASSIMA SICUREZZA E TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI IN ALBANIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il nuovo regime speciale di deroga dei diritti dei detenuti nelle carceri di massima sicurezza in Albania. 3. Le problematiche relative all'applicazione del regime speciale in Albania. 4. Il regime speciale di detenzione nelle carceri di massima sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo nella giurisprudenza della Corte EDU. 5. Considerazioni finali.

1. La detenzione carceraria non sempre sembra rispondere alle finalità di prevenzione ad essa attribuite, soprattutto in presenza di comportamenti recidivi dei detenuti che, oltre a continuare l'attività criminale, mantengono vincoli associativi con il gruppo di appartenenza all'esterno nonostante la restrizione in carcere¹. Questo fenomeno ha indotto la legislazione penitenziaria albanese a prevedere il regime differenziato nelle carceri di massima sicurezza², al fine di contrastare la criminalità organizzata e prevenire³ la commissione di quei delitti che rappresentano una grave minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Il regime speciale è basato principalmente su un sistema che presenta rilevanti somiglianze con il regime del 41-bis previsto dall'ordinamento

-
- 1 P. MOROSINI, *L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, in P. Balducci, A. Macrillò (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, 769; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, 323.
 - 2 E. GJONAJ, *Kufizimi i të drejtave të të dënuarve për vepra të kryera në kuadër të krimit të organizuar apo organizatave terroriste domosdoshmëri në luftën kundër këtyj lloji të kriminalitetit*, in Konferencë Shkencore Kombëtare “*Drejtësia penale shqiptare mes vlerave të traditës, meritës së ndryshimeve dhe largpamësisë së ligjit dhe shoqërisë*”, 7 dhjetor 2018, Tiranë, 360 ss.; G. CASELLI, *Chi non vuole il 41 bis*, in *L'Unità*, 10 luglio 2008.; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 310 ss.
 - 3 Corte costituzionale albanese, n. 5 del 2022; Corte EDU, «Provenzano c. Italia», 25 ottobre 2018, par. 150.

penitenziario italiano sia per quanto riguarda le ragioni della sua previsione⁴ e sia per quanto riguarda il suo contenuto. Dall'altra parte, nella legislazione albanese si notano lievi differenze con il regime 41-bis, considerato il diverso contesto applicativo e le caratteristiche particolari che contraddistinguono il crimine organizzato in questo paese.

Il regime detentivo differenziato, che rappresenta una deroga temporanea dei diritti riconosciuti ai detenuti dalla legislazione interna e internazionale, ha come principale obiettivo la neutralizzazione della pericolosità dei reclusi che, durante il periodo di espiazione della pena e della misura cautelare, rimangono in contatto con gruppi criminali esterni al carcere o che esercitano anche ruoli di *leadership* in tali organizzazioni⁵. La normativa prevede una serie di limitazioni per i diritti dei detenuti, con particolare riguardo alle visite di parenti, all'uso del telefono o di altri oggetti provenienti dall'esterno nonché al controllo della corrispondenza o anche alla permanenza in ambienti aperti.

In questo contesto, il lavoro mira ad analizzare la portata di queste limitazioni alla luce della Costituzione Albanese e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) che rappresentano un fondamentale presidio garantistico a difesa dei diritti dell'individuo, a prescindere dallo *status* di detenzione o di libertà.

La tematica merita un'attenzione particolare, poiché da quello che si è rilevato in vari Stati membri del Consiglio d'Europa, l'applicazione di questo regime può sollevare dei dubbi proprio con attenzione alla tenuta dei diritti fondamentali del detenuto. Le principali perplessità riguardano il diritto a non subire torture e a non essere sottoposti a un trattamento inumano e degradante, come previsto dall'art. 3 della CEDU, sia in relazione all'applicazione in concreto di questo regime nelle istituzioni penitenziarie e sia in relazione all'uso di questa misura per lunghi periodi di tempo. Altri dubbi riguardano il diritto al giusto processo e il diritto alla vita privata e familiare, previsti rispettivamente dagli artt. 6 e 8 della CEDU.

2. Il regime speciale di deroga dei diritti dei detenuti è stato disciplinato dal legislatore albanese nel 2018 con la legge n. 108 («Per un'integrazione

4 In tal senso si veda l'art. 41-bis, legge n. 354 del 1975, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

5 F. PAPAJOJGI, *Regjimi i posaçëm i ushtrimit të të drejtave në burgun e sigurisë së lartë*, in Konferencë Shkencore Kombëtare “Drejtësia penale shqiptare mes vlerave të traditës, meritës së ndryshimeve dhe largpamësisë së ligjit dhe shoqërisë”, 7 dhjetor 2018, Tiranë, 345.; In questo senso si veda anche A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 310 ss.

alla legge n. 8328 del 16.04.1998 “Sui diritti e il trattamento dei condannati alla reclusione e dei soggetti in custodia cautelare”, modificato⁶) che ha introdotto l’art. 13/1 relativo all’attuazione del regime speciale nelle carceri di massima sicurezza, per assicurare la sorveglianza speciale di detenuti che hanno commesso delitti nell’ambito del crimine organizzato, organizzazione terroristica, banda armata o gruppo criminale organizzato, e conseguentemente prevenire l’ulteriore commissione di reati⁷. Successivamente la legge n. 81 del 2020⁸ ha abrogato la legge n. 8328 del 1998 («Sui diritti e il trattamento dei condannati alla reclusione e dei soggetti in custodia cautelare, modificato»), mantenendo però invariata la disciplina del regime speciale.

In particolare, l’articolo 17 della legge n. 81/2020 prevede il regime speciale negli istituti penitenziari di massima sicurezza e dichiara che tale misura può essere applicata ai detenuti indagati o condannati per alcune categorie di delitti⁹ commessi nell’ambito della partecipazione a un gruppo

6 Legge n. 108 del 2018, «Per aggiunte alla legge n. 8328 del 16.4.1998, “Sui diritti e il trattamento dei condannati alla reclusione e dei soggetti in custodia cautelare”, modificato», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, n. 197 del 2019 ed entrato in vigore il 31 gennaio 2019.

7 In tal senso si veda E. GJONAJ, *Kufizimi i të drejtave të të dënuarve*, op. cit., 369.; S. KURTI, A. BUÇPAJAJ, *Kufizimi i të drejtave të të dënuarve në burgun e sigurisë së lartë*, in *International Scientific Conference «Criminal law between tradition and challenges of actuality»*, 7 dicembre 2017, Università di Tirana, 588-596.

8 Legge n. 81 del 2020, «Sui diritti e il trattamento dei condannati alla reclusione e dei soggetti in custodia cautelare».

9 Omicidio in altre circostanze qualificanti, contro il denunciante, testimone, vittima o altre parti del processo art. 79, lettera «ç» del Codice Penale Albanese; omicidio di pubblici ufficiali, art. 79/a del Codice Penale Albanese; omicidio di agenti della polizia di stato, art. 79/b del Codice Penale Albanese; atti con finalità terroristiche, art. 230 del Codice Penale Albanese; finanziamento del terrorismo, art. 230/a del Codice Penale Albanese; nascondere fondi e altri beni che finanziano il terrorismo, art. 230/b del Codice Penale Albanese; la fornitura di informazioni da parte di persone che esercitano pubbliche funzioni o nell’esercizio del dovere o della professione, art. 230/c del Codice Penale Albanese; svolgere servizi e azioni con persone accusate di terrorismo, art. 230/ç del Codice Penale Albanese; il reclutamento di persone per la commissione di atti con finalità terroristiche o per finanziamento del terrorismo, art. 231 del Codice Penale Albanese; – addestramento per compiere atti con finalità terroristiche, art. 232 del Codice Penale Albanese; istigazione, appello pubblico e propaganda per la commissione di atti con finalità terroristiche, art. 232/a del Codice Penale Albanese; Produzione di armi militari, 234 del Codice Penale Albanese; Organizzazione terroristica, art. 234/a del Codice Penale Albanese; Banda armata ai sensi dell’art. 234/b del Codice Penale Albanese; Partecipazione ad azioni militari in un paese straniero, art. 265/a del Codice Penale Albanese; Organizzare, dirigere o finanziare la produ-

criminale strutturato, organizzazione criminale, banda armata, organizzazione terroristica o per atti con finalità terroristiche.

Il principale obiettivo del regime speciale nelle carceri di massima sicurezza riguarda il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché la prevenzione dell'attività criminale. Da questo punto di vista il regime speciale, per un verso mira a impedire la comunicazione del condannato con l'organizzazione criminale di cui fa parte o anche con altre organizzazioni criminali con le quali collabora, e per un altro mira a impedire la comunicazione tra detenuti che fanno parte della stessa organizzazione criminale o di altre organizzazioni criminali con le quali cooperano. A tal proposito, il regime speciale si propone di introdurre una restrizione dei diritti dei detenuti, con riferimento agli incontri con i famigliari, all'uso di oggetti o di denaro proveniente dall'esterno, al controllo della corrispondenza, etc.

La normativa infatti prevede che ai detenuti in regime speciale sia consentito un incontro al mese con i famigliari, in ambienti predeterminati e previa registrazione audio e video¹⁰, al fine d'impedire il passaggio di oggetti provenienti dall'esterno. Sono di regola vietati gli incontri con soggetti diversi dai famigliari, salvo i casi eccezionali, come previsto dall'art. 17, 5 comma della legge n. 81 del 2020, il quale richiede la proposta del Direttore dell'istituzione e l'approvazione del Direttore generale delle carceri. Una diversa disciplina è invece prevista per i soggetti sottoposti a misura cautelare detentiva, sottoposti alla previa approvazione del pubblico ministero. Dalle limitazioni sovraesposte vengono esclusi gli incontri con il difensore di parte.

Ai sensi dell'art 17, 5 comma, lett. b), in alternativa all'incontro, al detenuto è consentita una conversazione telefonica al mese con i fami-

zione e la vendita di stupefacenti, art. 283, comma 3 del Codice Penale Albanese; Organizzare, dirigere o finanziare la produzione e la vendita di stupefacenti, art. 283/a, comma 3 del Codice Penale Albanese; Organizzare, dirigere o finanziare la coltivazione di piante stupefacenti, art. 284, comma 3 del Codice Penale Albanese; Organizzazione e gestione delle organizzazioni criminali, art. 284/a del Codice Penale Albanese; Organizzare, dirigere o finanziare la produzione e fabbricazione di sostanze psicotrope, art. 284/c comma 3 del Codice Penale Albanese; Organizzare, dirigere o finanziare la produzione, commercio e trattamento illegale di precursori, art. 284/ç, comma 3, del Codice Penale Albanese; Organizzazione criminale, ex art. 333 del Codice Penale Albanese; Gruppo criminale strutturato, art. 333/a del Codice Penale Albanese; la commissione di reati da parte di organizzazioni criminali e gruppi criminali strutturati ai sensi dell'art. 334 del Codice Penale Albanese (art. 17, legge n. 81 del 2020).

10 E. JATA, *Regjimi i posaçëm në Shqipëri*, in *Revista Avokatia*, 42, 2022, 2.

gliari, della durata massima di dieci minuti che è soggetta a registrazione. Anche in questo caso, per la comunicazione con soggetti diversi dai famigliari, si prevede la medesima procedura sopra menzionata. La normativa, inoltre, dispone che i colloqui telefonici con il Difensore civico o con le organizzazioni operanti nel campo dei diritti umani, non subiscano queste limitazioni.

Altre significative misure riguardano l'uso di valori monetari, beni e oggetti che il detenuto può prelevare dall'esterno, controllo della corrispondenza, riduzione della permanenza in ambienti aperti fino a due ore, ma non meno di un'ora al giorno, ed esclusione dagli organi di rappresentanza dei detenuti¹¹.

Le misure sopra elencate hanno l'obiettivo principale di minimizzare i contatti tra i detenuti all'interno dell'istituzione penitenziaria al fine di interrompere ogni loro relazione con le organizzazioni criminali¹², tenendo conto che l'esperienza ci ha insegnato che proprio attraverso i contatti interni al carcere o lo scambio di pacchi od oggetti provenienti dall'esterno, o persino avvalendosi dei colloqui con i famigliari, le organizzazioni criminali siano sovente riuscite a comunicare o dare direttive ai detenuti¹³.

Sulla base della normativa, la competenza per decidere l'applicazione del regime speciale spetta al Ministero della Giustizia in base alla richiesta del capo della Procura Speciale (SPAK). Tale decisione si basa anche sulle informazioni raccolte dal Ministro dell'Interno, dal Direttore Generale della Polizia di Stato, dal Servizio Informazione dello Stato, dal Direttore generale delle carceri e da altri organismi specializzati nella lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo¹⁴.

Per quanto riguarda la durata del regime speciale, l'art. 17 della legge n. 81 del 2020 prevede quella di un anno, e la possibilità di proroga per altri periodi di un anno nel caso in cui il detenuto continua a mantenere rapporti con l'organizzazione criminale di appartenenza o con altre organizzazioni¹⁵. Alcuni dei fattori che incidono sulla proroga della durata del regime speciale sono connessi con il profilo criminale del detenuto, il ruolo ricoperto e il tempo in cui era impegnato nell'organizzazione criminale, la presenza di nuove accuse nei suoi confronti, in precedenza non esaminate, il comportamento tenuto dallo stesso nell'Istituto penitenziario e il tenore

11 Art. 17, comma 5, lett. *Dh*), legge n. 81 del 2020.

12 Cfr. G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra il diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, V, 2011, 10-11.

13 A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 329.

14 Art. 17, comma 3, legge n. 81 del 2020.

15 Art. 17, comma 6, legge n. 81 del 2020.

di vita dei membri della famiglia. Trenta giorni prima della scadenza del termine di un anno, il Capo della procura speciale dovrà indirizzare la richiesta di proroga al Ministro della Giustizia, il quale valuterà se sussistono le condizioni per la prosecuzione del regime speciale¹⁶.

L'art. 17, comma 8 della legge n. 81 del 2020 prevede anche il reclamo avverso la Decisione del Ministro della Giustizia che ha sottoposto il condannato al regime speciale o che abbia prorogato quest'ultimo davanti al Tribunale di primo grado per la corruzione e la criminalità organizzata (Tribunale speciale di primo grado). Tale diritto può essere esercitato dall'imputato, dal difensore o dal Capo della procura speciale entro venti giorni dal momento della notifica.

Tra le questioni più dibattute all'interno della dottrina e della giurisprudenza è certamente quella relativa al controllo giudiziario sulla decisione del Ministro di Giustizia che sottopone il condannato al regime speciale. La Corte costituzionale albanese ha preso in esame questa problematica prestando, soprattutto, attenzione all'impugnazione della decisione del Ministro e al ruolo del Tribunale nella sua valutazione.

La vicenda esaminata dalla Corte costituzionale con la decisione n. 5 del 2022¹⁷ riguardava un detenuto sottoposto al regime speciale di deroga dei diritti dei detenuti, il quale aveva fatto reclamo contro la decisione del Ministro di Giustizia che lo sottoponeva a regime speciale, per non essere stato messo a conoscenza della documentazione su cui si basava la decisione. Documentazione che era classificata «segreta» e «limitata» sulla base della legge n. 8457 del 1999 («Per l'informazione classificata segreto di stato»), con l'effetto di mettere in discussione il principio del contraddittorio e lo stesso diritto alla difesa. Si aggiunga poi che il Tribunale speciale di primo grado si era rifiutato di decidere sul merito della decisione del Ministro della Giustizia, valutando solo il rispetto dei criteri processuali/formali della sua approvazione, considerato che le informazioni su cui si basava erano classificate «segrete» o «limitate» per motivi di sicurezza pubblica. Successivamente la Corte Speciale d'Appello aveva confermato la decisione del Tribunale speciale di primo grado e il Collegio Penale della Corte Suprema aveva respinto la sua domanda.

Nel caso in esame la Corte costituzionale albanese ha tratto spunto dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il quale prevede il diritto a un giusto processo. A parere della Corte, sempreché questo

16 Art. 17, commi 6 e 7, legge n. 81 del 2020.

17 Corte costituzionale albanese, n. 5 del 2022.

diritto sia stato rispettato, il Tribunale potrà entrare nel merito¹⁸ della decisione del Ministro di Giustizia che sottopone il detenuto al regime speciale¹⁹. La Corte afferma che il diritto del soggetto a un giusto processo comporta che in caso di reclamo, il Tribunale valuti non solo il rispetto dei criteri processuali/formali della decisione, ma anche quello sostanziale, e non può sottrarsi a quest'obbligo a causa della segretezza dell'informazione²⁰. In questo senso, il Tribunale deve avere accesso illimitato alla documentazione classificata come segreto di stato²¹. Concludendo, la Corte costituzionale con la decisione n. 5 del 2022 ha dichiarato la violazione del diritto al giusto processo sotto il profilo della garanzia del principio del contraddittorio.

Questo orientamento si rinviene anche nelle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha affermato che il diritto al giusto processo previsto dall'art. 6 CEDU, comprende il diritto di accesso alla giustizia, il diritto alla difesa, di essere ascoltato, accanto alla parità delle armi e al principio di contraddittorietà²².

3. Il regime speciale di deroga dei diritti dei detenuti anche se adottato nel 2018 ha iniziato a essere applicato in Albania solo all'inizio del 2020 in due strutture penitenziarie: per i condannati a reclusione, nell'istituto di esecuzione delle decisioni penali di *Peqin*, e per i soggetti sottoposti a misure cautelari detentive, nel centro di detenzione *Jordan Misja* di Tirana. Non mancano a questo proposito le critiche che sono state rivolte all'impiego di questo particolare regime, considerato il basso numero di persone che risultano sottoposte a esso²³ o le problematiche di tipo procedurale relative alla cooperazione istituzionale necessaria per la sua adozione.

Nel primo anno della sua applicazione, il regime speciale ha suscitato numerose perplessità soprattutto per l'impatto provocato sui diritti fondamentali dell'uomo. Alcuni rilievi sono stati avanzati dal Difensore civico

18 In questo senso si veda Corte costituzionale italiana, n. 190 del 2010.

19 Corte costituzionale albanese, n. 5 del 2022.

20 Corte EDU, «Dağtekin e altri c. Turchia», 13 dicembre 2007, par. 34-35; «Chahal c. Regno Unito», 15 novembre 1996, par. 131.

21 Corte costituzionale albanese, n. 5 del 2022, par. 41.

22 Corte EDU, «Musumeci c. Italia», 11 gennaio 2005, par. 48-49; «Ganci c. Italia», 30 ottobre 2003, n. 41576/98, par. 20-26; «Ospina-Vergas c. Italia», 14 ottobre 2004, par. 32.; «Werner c. Austria», 24 novembre 1997, par. 66.

23 E. MYRTA, *Krimi që komandohet nga burgu «41-bis», i pafuqishëm përballë «bosëve»*, in <https://ina.media/?p=3430>, 20 novembre 2021.

(*Avokati i popullit*) nel 2020²⁴ attraverso le raccomandazioni indirizzate al Ministro della Giustizia e al Direttore generale delle carceri, in seguito a un'ispezione condotta negli Istituti di massima sicurezza dove si applica il regime speciale. Il documento rileva una serie di criticità sulla sua applicazione in concreto, con particolare riferimento all'infrastruttura utilizzata nelle sezioni destinate a questo regime e con riguardo alle condizioni di detenzione, le quali in quell'occasione venivano equiparate a un trattamento contrario alla dignità dell'essere umano²⁵ e agli standard garantiti dal diritto internazionale²⁶.

I rilievi avanzati dal Difensore civico attenevano in particolare all'ineadeguatezza dell'infrastruttura necessaria per il funzionamento delle sezioni destinate all'applicazione del regime speciale, a causa della presenza di finestre di dimensioni ridotte che non permettevano il passaggio dell'area fresca e l'entrata della luce naturale²⁷; alle precarie condizioni igienico sanitarie; al cibo che non veniva cucinato secondo il rito religioso di appartenenza dei detenuti, considerando anche il fatto che per loro era impossibile ricevere il cibo dai famigliari²⁸. Dall'altra parte il Difensore civico ha rilevato che nelle due carceri sottoposte a ispezione mancavano i locali destinati all'incontro con gli avvocati di difesa, i locali interni dedicati allo svolgimento dell'attività fisica dei detenuti, i programmi individuali e la consulenza psicosociale, nonché un'adeguata biblioteca e occasioni per lo svolgimento di attività ricreative. Tutte condizioni necessarie e indispen-

24 *Avokati i popullit, Mekanizmi kombëtar për parandalimin e torturës, trajtimit ose denimit të egërr, çnjerëzor ose poshtëruës, Rekomandim për inspektimin e kryer në seksionet e regjimit të posaçëm të sigurisë së lartë në Institucionet e Ekzekutimit të Vendimeve Penale 313 «Jordan Misja», Tiranë dhe Peqin dhe trajtimit të ankesave të marra nga disa të paraburgosur dhe/ose dënuar, Tiranë, 2020.*

25 L'art. 5 della legge n. 81/2020 prevede il rispetto dei diritti fondamentali del detenuto.

26 *Avokati i popullit, Rekomandim për inspektimin cit.*, 3. In questo documento il Difensore civico si riferisce agli standard previsti dalla Convenzione europea per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, alle Regole penitenziarie europee, approvate nell'ambito del Consiglio d'Europa e alle Regole delle Nazioni Unite che stabiliscono i standard minimi delle condizioni di detenzione del 2015.

27 La regola 18.2 delle Regole penitenziarie europee (Reg. (2006)2) stabilisce che: «Nei locali in cui i detenuti devono vivere, lavorare o riunirsi le finestre devono essere sufficientemente ampie affinché i detenuti possano leggere e lavorare alla luce naturale in condizioni normali e per permettere l'apporto di aria fresca, a meno che esista un sistema di climatizzazione appropriato».

28 *Avokati i popullit, Rekomandim për inspektimin, cit.*, 9.

sabili ai fini della riabilitazione e reinserimento dei detenuti sottoposti al regime speciale²⁹.

Anzitutto, va osservato che in quell'occasione, il Difensore civico aveva precisato che la sospensione temporanea dei diritti dei detenuti, pure garantiti sia dalla legislazione interna che internazionale, era stata determinata, previa valutazione della Procura Speciale e del Ministro della Giustizia, a seguito dell'applicazione del regime speciale di detenzione con l'intento di consentire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, avendo come destinatari soggetti accusati di aver commesso gravissimi reati che rappresentavano un rischio concreto per l'ordine e la sicurezza pubblica. Questo provvedimento restrittivo avrebbe perciò interessato, nell'interpretazione offerta dallo stesso Difensore civico, solo quei diritti il cui esercizio avrebbe potuto mettere a rischio la sicurezza pubblica³⁰, nel rispetto del principio di proporzionalità³¹.

Con riferimento alla proporzionalità e idoneità è opportuno fare riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, la quale ha dichiarato che per essere adeguata una misura deve perseguire un fine legittimo che nel caso del regime speciale deve riguardare la necessaria interruzione dei collegamenti del detenuto con l'organizzazione criminale di appartenenza, al fine di prevenire l'ulteriore commissione di reati. Per la Consulta la misura restrittiva dovrà, per ciò stesso, essere coerente all'obiettivo di tutela rappresentato dalla interruzione del contatto del detenuto con l'organizzazione criminale³² oltre ad essere necessaria, in assenza di rimedi alternativi in grado di perseguire quel determinato obiettivo³³. Le limitazioni che ne deriveranno non dovranno, parimenti, comportare la violazione dei diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo³⁴ non potendo, in nessun caso, oltrepassare i limiti imposti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³⁵.

29 Op. ult. cit., 10.

30 Op. ult. cit., 3.

31 *Ibidem*.

32 In tal senso la decisione della Corte costituzionale italiana n. 376 del 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, 772; Corte costituzionale italiana, n. 351 del 1996, in *Foro. it.*, I, 1997.

33 F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1351 ss.; a tal proposito Regola n. 53 delle Regole Penitenziarie Europee.

34 Corte cost. italiana, ordinanza n. 180 del 2010, in *Giur. it.*, 2010, 12.

35 In tal senso si veda l'art. 17 della Costituzione Albanese: «1. Le limitazioni dei diritti e delle libertà previste dalla presente Costituzione possono essere stabilite solo dalla legge per un interesse pubblico o per la protezione dei diritti degli altri. La restrizione deve essere proporzionata alla situazione che l'ha dettata. 2. Queste

Ciò considerato, il Difensore civico rileva che le misure previste per il regime speciale di detenzione nelle carceri di massima sicurezza in Albania siano risultate a volte più severe rispetto allo stesso regime 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario italiano o agli standard internazionali, con l'effetto di entrare in conflitto con il diritto del detenuto a un trattamento umano e dignitoso³⁶. Di conseguenza, il Difensore civico raccomanda al Ministro della Giustizia e al Direttore generale delle carceri di garantire ai detenuti sottoposti al regime speciale un trattamento rispettoso di questi principi, al fine di pervenire al miglioramento delle condizioni di detenzione. Tra le raccomandazioni rientra quella di assicurare una maggiore qualità e varietà degli alimenti, di aumentare la durata della permanenza del detenuto all'area aperta all'esterno delle celle. Infine viene proposto il perfezionamento della legislazione riguardante il regime speciale, attraverso la previsione della possibilità di consentire l'uso della televisione o della radio in cella, sia pure in orari limitati, tenendo conto che la mancanza della stimolazione fisica e mentale rende il trattamento degradante, al punto da incidere sulla dignità del essere umano³⁷. Le raccomandazioni sopraesposte sono finalizzate all'ottimizzazione del regime speciale e, inoltre, hanno come obiettivo il benessere psicofisico dei detenuti. In questo senso, le istituzioni penitenziarie che applicano il regime speciale sono obbligate a progettare e sviluppare attività ricreative per la riabilitazione psicosociale dei detenuti³⁸.

4. Il regime speciale in deroga ai diritti dei detenuti, applicato da molti Stati membri del Consiglio d'Europa, è stato più volte sottoposto all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). La maggior parte dei ricorsi portati all'attenzione del giudice di Strasburgo intendeva denunciare la violazione di alcuni diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): dal divieto della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti³⁹ (art. 3), al diritto al giusto processo⁴⁰

restrizioni non possono violare il nucleo delle libertà e dei diritti fondamentali e in nessun caso possono superare i limiti previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.»

36 Avokati i popullit, *Rekomandim për inspektimin*, cit., 10.

37 Avokati i popullit, *Rekomandim për inspektimin*, cit. 11; In questo senso si veda Corte EDU, «Harakchiev and Tulumov c. Bulgaria», 8 luglio 2014, nn. 15018 del 11 e 61199 del 12, par. 204.

38 Avokati i popullit, *Rekomandim për inspektimin*, cit. 11.

39 Corte EDU, «Peers c. Grecia», 19 aprile 2001; «Dougoz c. Grecia», 6 marzo 2001.

40 Corte EDU, «Musumeci c. Italia», 11 gennaio 2005; «Gallico c. Italia», 28 luglio 2005, n. 53723/2000; «Ganci c. Italia», 30 ottobre 2003, n. 41576/98.

(art. 6), al diritto alla vita privata e familiare (art. 8), con particolare riferimento al controllo della corrispondenza dei detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione e agli incontri limitati con i famigliari⁴¹.

A seguito di queste istanze, numerose sono state le pronunce con cui la Corte EDU ha riscontrato violazioni dell'art. 3 della CEDU. In linea di massima la Corte EDU ha sostenuto che il regime speciale di detenzione, motivato dall'esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica, non avrebbe comportato l'automatica violazione dei diritti fondamentali dell'uomo⁴², anche quando fosse stato disposto per lunghi periodi di tempo⁴³.

La questione del limite massimo della durata del regime speciale, che in alcune occasioni ha avuto, in Italia, una estensione superiore ai 20 anni⁴⁴ è stata certamente tra quelle più dibattute, in dottrina e nella stessa giurisprudenza.

Per la stessa Corte di Strasburgo la durata di questa misura non potrebbe essere illimitata per non assumere i connotati di un trattamento inumano e degradante, tale da renderla incompatibile con l'art. 3 della CEDU⁴⁵, specialmente in presenza di condizioni particolari, come età, sesso o stato di salute fisica o psichica del detenuto. Per questo motivo, si considera necessaria una valutazione caso per caso dell'applicazione

41 G. LUPPINO, *La Convenzione dei diritti dell'uomo e la situazione dei detenuti in Europa*, in C. De Filippi, D. Bosi (a cura di), *L'art. 41 bis Ord. Pen., e le garanzie del detenuto*, Torino, 2007, 53 ss.; In questo senso si veda Corte EDU, «Madonia c. Italia», 6 luglio 2004; «Ospina Vargas c. Italia», 14 ottobre 2004; «Argenti c. Italia», 10 novembre 2005, n. 56317/2000; «Musumeci c. Italia», 11 gennaio 2005, n. 33695/96.

42 Corte EDU, «Paolello c. Italia», 24 settembre 2015, n. 37648/02.; V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giur. Pen.*, 2016.

43 Si veda P. MOROSINI, *L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit. 781, che non esclude che, in situazioni particolari, il regime speciale possa essere lesivo di diritti fondamentali.

44 Corte EDU, «Paolello c. Italia», 24 settembre 2015, *cit.*; Corte EDU, «Riina c. Italia», 19 marzo 2013.

45 E. NICOSIA, *Il cd. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240; A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro»*, cit., 328, 438; si veda Corte EDU, «Bonnechaux c. Svizzera», 5 dicembre 1978; «Ramirez Sanchez c. Francia», 4 luglio 2006, par. 145; «Piechowicz c. Polonia», 17 aprile 2012; «Ocalan c. Turchia», 18 marzo 2014, par. 196; «Harakchiev and Tulumov c. Bulgaria», 8 luglio 2014, par. 199; «Paolello c. Italia», 24 settembre 2015; «Provenzano c. Italia», 28 ottobre 2018, n. 55080/2013.

del regime speciale⁴⁶, in ossequio al principio di proporzionalità, individualizzazione del trattamento⁴⁷ e dell'esecuzione della pena, trattandosi di soggetti che, essendo già privati dei necessari spazi per esprimere la loro personalità⁴⁸, subirebbero certamente danno da ulteriori restrizioni⁴⁹.

Tra quelli maggiormente discussi è certamente il caso «Provenzano c. Italia» del 28 ottobre 2018, dove la Corte EDU ha rilevato che la proroga del regime 41-*bis* nella fase finale della vita, senza tenere in considerazione lo stato di salute del detenuto⁵⁰, che tra l'altro risultava incompatibile con questa misura restrittiva e in violazione del diritto dello stesso a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti⁵¹.

La Corte di Strasburgo nel fare riferimento all'art. 3 della CEDU ha rilevato che il rispetto della dignità dell'essere umano rappresenta uno dei valori fondamentali della società democratica, come tale assimilabile ad un diritto assoluto e inderogabile⁵², con l'effetto di non poter essere assoggettato a limitazioni per tutelare altri diritti e valori, come ad esempio la necessità di prevenire i reati o di contrastare la criminalità organizzata e terrorismo⁵³. In questo contesto l'art. 3 della CEDU costituisce un obbligo per tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa⁵⁴.

46 In questo senso si è espressa la Corte EDU, «Enea c. Italia», 9 settembre 2009.

47 P. MOROSINO, *L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, op. cit., 781.; D. BOSI, *L'art. 41 bis Ord. Pen., Legge 21 ottobre 1986*, n. 663, cit., 7.

48 A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 339.

49 *Ibidem*, 339.

50 L. AMERIO, *La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo*, in *Giur. Pen.*, 2020, I-Bis «Dentro il 41-bis», 117 ss.

51 Corte EDU, «Provenzano c. Italia», 28 ottobre 2018, n. 55080/2013.

52 In questo senso si veda la Decisione della Corte EDU, «Glowacki c. Polonia», 30 ottobre 2012; sulla tutela della dignità della persona nell'ordinamento penitenziario si veda G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 1 ss.; sulla non sospensione dei diritti fondamentali cfr., D. BOSI, *L'art. 41 bis Ord. Pen., Legge 21 ottobre 1986*, n. 663, cit., 8-9.

53 In questo senso le Decisioni della Corte EDU, «Irlanda c. Regno Unito», 18 Gennaio 1978, n. 5310/71; «Aksoy c. Turchia», 18 Dicembre 1996, n. 21987/93; «Labita c. Italia», 6 aprile 2000, n. 26772/95, par. 119; «Glowacki c. Polonia», 30 ottobre 2012, n. 1608/08; A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La Corte Europea, l'ergastolo e il diritto alla speranza*, in *Europa Umana. Scritti in onore di Paulo Pinto De Albuquerque*, Pisa, 2020, 45 ss.; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 317 ss.

54 Corte EDU, «Vinter e altri c. Regno Unito», ricorsi nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10, 9 luglio 2013, par. 113; «Torregiani e altri c. Italia», 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10; A. BALSAMO, L. TRIZZINO, *La Corte Europea*, cit., 50.

Applicando questi parametri, la Corte EDU ha rilevato che il regime speciale di detenzione va imposto e mantenuto sulla base di una valutazione della pericolosità di ciascun detenuto e deve essere applicato solo per il tempo strettamente necessario⁵⁵, rispettando il principio di proporzionalità e i diritti fondamentali del detenuto.

Non meno discussa in dottrina è stata la questione della compatibilità del regime speciale con la funzione rieducativa, che caratterizza la pena detentiva⁵⁶, e della finalità di quest'ultima di far rientrare il detenuto nella società come soggetto rieducato che rispetta i valori e le regole imposte dalla società⁵⁷. La domanda che pone la dottrina riguarda soprattutto i limiti entro i quali è possibile rinunciare all'obiettivo della rieducazione del reo per perseguirne un altro rappresentato dalla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica⁵⁸.

Con riferimento a tale problematica, la Corte costituzionale italiana è stata più volte chiamata a esprimersi sulla compatibilità del regime differenziato *ex art. 41-bis* con la Costituzione, così da pervenire ad un ragionevole equilibrio tra esigenze di tutela della sicurezza pubblica e tutela della dignità e integrità personale, nel pieno rispetto del principio cardine dell'umanità della pena⁵⁹ e della sua finalità rieducativa⁶⁰.

5. Tra le finalità perseguite dal regime speciale all'interno delle istituzioni penitenziarie di massima sicurezza, come disegnato nella legislazione albanese, rientra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la

55 Corte EDU, «Harakchiev and Tulumov c. Bulgaria», 8 luglio 2014, cit., par. 199.

56 Sulla funzione rieducativa della pena, G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, co. 3 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, 316; D. CIANFANELLI, *L'art. 41 bis Ord. Pen., e Costituzione italiana*, in C. De Filippi, D. Bosi (a cura di), *L'art. 41 bis Ord. Pen., e le garanzie del detenuto*, Torino, 2007, 23-24.

57 In questo senso Corte EDU, «Vinter e altri c. Regno Unito», cit.

58 A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro»*, cit., 416.

59 A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, 316 ss.; si veda anche G.M. FLICK, *Il carcere 1958-2019: dalla rivoluzione promessa alla involuzione realizzata*, in P. Bronzo, F. Siracusano, D. Vicoli (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo garantismo carcerario*, Torino, 2019, 318 e 322-323.

60 Cfr. Corte costituzionale, n. 349 del 1993, in *Foro it.*, I, 1995, 488; Corte costituzionale, n. 357 del 1994, in *Giur. cost.*, 2020; Corte costituzionale, n. 351 del 1996, in *Giust. Pen.*, I, 1997, 118; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 316 ss. Sulla finalità rieducativa della pena E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979.

prevenzione di reati nel contesto della criminalità organizzata. Di conseguenza, simili misure sono da considerarsi una necessità nell'ordinamento penitenziario⁶¹. Tuttavia, questo particolare regime di carattere preventivo presenta una certa complessità, poiché se da una parte ha come obiettivo la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, dall'altra fa sorgere dubbi con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali del detenuto. In questo senso, è necessario che il regime speciale sia ispirato agli stessi principi che caratterizzano il diritto penale, per essere allo stesso consustanziali, a cominciare dal rispetto dei diritti fondamentali del detenuto⁶² e in particolare il rispetto della dignità umana. Non a caso, per un'autorevole dottrina, il regime speciale rappresenta una forma «di lotta» e non «di guerra»⁶³.

In quest'ottica, la restrizione dei diritti dei detenuti che il regime speciale comporta necessitano un bilanciamento tra il dovere dello Stato di garantire l'ordine e la sicurezza pubblica e i diritti e le libertà fondamentali dei detenuti⁶⁴. A parere di una dottrina italiana «il regime speciale si legittima solo se si è di fronte a due condizioni: la prima è che esso rappresenti una risposta a un reale bisogno di sicurezza e la seconda che questa disciplina legislativa [...] sia il frutto di un bilanciamento costituzionalmente accettabile tra esigenze di difesa sociale e la tutela dei diritti fondamentali della persona»⁶⁵.

Le più rilevanti criticità che questo regime comporta in Albania attengono alla sua applicazione in concreto nelle istituzioni penitenziarie, con riguardo alle condizioni di detenzione e allo stato dell'infrastruttura destinata alla sua applicazione, come evidenziato nelle raccomandazioni del Difensore civico nel 2020. Dall'altro canto, oltre all'adeguamento delle condizioni ambientali della detenzione, sarebbe altresì necessario il miglioramento della legislazione che disciplina il regime speciale con l'obiettivo di rendere questo trattamento dignitoso, conforme al senso di umanità⁶⁶ e, soprattutto, consentire la riabilitazione e il reinserimento sociale

61 A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 323.

62 Cfr. HASSAMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2008, 15.

63 Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. Pen.*, 2006, 735.

64 Si veda A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, cit., 312.

65 Op. ult. cit., 320.

66 In ossequio del principio di umanità previsto dall'art. 28, comma 5 della Costituzione albanese dove è sancito che: «Ogni persona privata della libertà ai sensi dell'articolo 27 ha diritto al trattamento umano e nel rispetto della sua dignità». L'art. 1/c denominato *Principi di diritto penale* del Codice Penale Albanese dispone che: «Il codice penale si basa sui principi costituzionali dello stato di diritto, uguaglianza davanti alla legge, della giustizia nel determinare la colpa e la pena, della protezione dell'interesse superiore dei bambini e dell'umanità».

del detenuto, senza affatto rinunciare all'obiettivo principale rappresentato dalla neutralizzazione e interruzione del contatto del detenuto con l'organizzazione criminale di riferimento.

ROGÉRIO DONNINI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA LESÃO À DIGNIDADE DOS DETENTOS

*Homo sum, humani nihil a me alienum puto (Publius Terentius Afer)*⁶⁷

SUMÁRIO: 1. Os detentos sob o prisma da sociedade. 2. A situação insustentável dos presídios. 3. Ofensa à dignidade dos detentos e violação ao princípio da moralidade. 4. Responsabilidade civil do Estado: *The king can do wrong*. 5. A violação aos direitos materiais e imateriais dos detentos. *Alterum laedere?* 6. Conclusão.

1. De uma maneira geral, a sociedade vê naquele que comete um crime alguém diferente, desprezível, passível de eliminação para alguns, verdadeiro inimigo que não merece qualquer proteção, um ser indigno. Ao violar os valores essenciais de uma sociedade, quem comete um delito causa um dano a outrem e, como conseqüência, um sofrimento. Se muitas pessoas têm esse sentimento, é natural que o desprezo e o abandono sejam a tônica, mesmo nos países considerados mais avançados econômica e socialmente.

Trata-se de um sentimento normal do ser humano, instintivo, perante uma pessoa que rompe a harmonia social com atos que ferem a ideia de civilidade, de *civile*, isto é, a contrário senso, aquele que transgride as normas sociais, incivilidade. A ânsia de vingança da vítima ou seus familiares, no caso, *verbi gratia*, na hipótese de homicídio, embora compreensível, não deve extrapolar e atingir a dignidade do detento, com o desrespeito à sua integridade física e moral, visto que qualquer pessoa pode praticar um crime, seja ele culposos ou doloso, assim como ser injustamente sentenciado como um criminoso. Basta viver em sociedade para ter de suportar as

67 «Sou homem e nada do que é humano me é estranho». TERÊNCIO (*Publius Terentius Afer*), 195 a.C. – 159 a.C., dramaturgo e poeta romano, in *Heauton Timorumenos* (*O punidor de si mesmo*). R. HUNTER, *A Comédia Nova da Grécia e de Roma*, trad. Rodrigo Tadeu Gonçalves et al, Curitiba, 2010, 15.

agruras de um processo criminal, ser condenado, cumprir uma pena privativa de liberdade⁶⁸ e continuar a ser pessoa, pois na própria definição de crime o ato é humano, típico, antijurídico e culpável.

Por mais estranho que possa parecer, mesmo nos delitos mais reprováveis, que causam justificada revolta na sociedade, a pena não deve gerar a permanência do detento em celas superlotadas, sem condições mínima de higiene e com a propagação de graves doenças⁶⁹. O processo civilizatório não mais permite que isso ocorra, em flagrante transgressão às normas de Direito Constitucional e de direitos humanos.

Embora paradoxal, se uma pessoa da família ou de seu convívio, incluindo aquelas que nos são simpáticas ideologicamente, comete um crime, continua, em regra, a ser tratado como um igual e não um diferente. Todavia, o mesmo não sucede se for alguém desconhecido, que passa a ser, muitas vezes execrado.

Essa visão da sociedade pelo apenado traz como consequência pouco investimento na melhoria das prisões existentes ou na criação de novos estabelecimentos dignos do cumprimento de uma pena, em flagrante omissão inaceitável do Poder Público.

Sbattere un uomo in carcere, lasciarlo solo, in preda alla paura e alla disperazione, interrogarlo solamente quando la sua memoria è smarrita per l'agitazione, non è forse come attirare un viaggiatore in una caverna di ladri e assassinarlo?

(Voltaire)

2. Os presídios, desde a Antiguidade, são locais em que, aos olhos da sociedade, os infratores deveriam ser punidos não apenas com a privação da liberdade, mas com o sofrimento físico e psicológico, em um ambiente impróprio para a existência humana, insalubre, mal iluminado e sem as mínimas condições de higiene, em verdadeiro acessório ao processo de punição.

68 As penas no sistema penal brasileiro são as seguintes: a) privativa de liberdade; b) restrição de direitos; e c) multa.

69 A Constituição brasileira estabelece, no art. 5º, inciso XLIX, «é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral». Esse dispositivo prevê que o respeito à integridade física do apenado tem o significado de não causar lesões físicas, enquanto a integridade moral repele qualquer ameaça, chantagem ou outras maneiras de transgredir a dignidade humana.

Na Idade Média não se alterou essa situação e surgiram dois tipos de prisões: a Estatal e a Eclesiástica. Enquanto a primeira tinha por objetivo custodiar os inimigos do rei ou do senhor feudal, a segunda era destinada aos clérigos insurgentes⁷⁰.

Na modernidade, apesar da inegável evolução no cumprimento da pena, por razões de ordem econômica e transformações sociais, além da forte contribuição da Igreja, ao reforçar a necessidade de fraternidade, redenção e caridade para com os presos, com o aparecimento da ideia de que o condenado deveria ser reabilitado para conviver novamente em sociedade⁷¹, o cárcere continuou a ser um *locus* pouco adequado ao sentenciado.

Atualmente, no plano mundial, as prisões normalmente são verdadeiras masmorras, salvo exceções. Na Europa há situações diferentes e, portanto, inexistente uma única visão desse fato, embora a superlotação dos presídios e suas condições precárias de higiene estejam presentes em alguns países. É o caso, por exemplo, da Itália, que enfrenta esse grave problema, o que tem despertado real preocupação com os direitos humanos e com a segurança pública.

A simples superlotação dos presídios propicia condições de insalubridade aos detentos, o que gera o maior número de doenças e um atendimento médico ineficaz, o que aumenta a incidência de violência. A Comunidade Europeia, por intermédio da *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), em seu artigo 3, põe a critério de cada autoridade nacional o dever de assegurar que cada um dos detentos seja colocado em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana, com celas adequadas de higiene, iluminação, ventilação e espaço mínimo per capita de 3 m².

Há, em verdade, recursos insuficientes para o sistema carcerário, no sentido de sanar ou, pelo menos, minorar essa situação, que, bem de ver, provoca efetiva dificuldade na reabilitação dos presos naquele país.

O problema da superlotação dos presídios italianos tem, como consecutório, provocado a ineficiência do sistema penal, mesmo porque muitos dos encarcerados não possuem uma condenação definitiva, o que tem sido objeto de muitas críticas de organizações internacionais de direitos humanos, embora novas unidades prisionais estejam sendo edificadas, evidentemente com atraso, em clara violação à dignidade dos detentos.

70 C.R. BITENCOURT, *Falência da pena de prisão causas e alternativas*, 2ª ed., São Paulo, 2001, 34; cfr. T. BURACCHI, in <http://www.adir.unifi.it/rivista/2004/buracchi/cap2.htm>

71 T. CHIAVERINI, *Origem da pena de prisão*. Dissertação de Mestrado em Filosofia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2009, 8.

Essa triste realidade europeia não tem, contudo, semelhança com a situação dramática enfrentada pelos presos na América Latina, em que, na maioria das prisões, além de superlotadas, não existem as mínimas condições para o cumprimento da pena, visto que são verdadeiros calabouços. No Brasil, onde existem aproximadamente 800.000 detentos⁷², raros são os presídios adequados e a situação das penitenciárias é degradante, onde impera o desrespeito à dignidade daqueles que cometeram crimes e já foram julgados, bem como os que aguardam um julgamento no cárcere, em desrespeito evidente ao texto constitucional brasileiro, que impõe um tratamento condizente com os acusados e condenados.

Quando l'uomo cessa di essere persona e diventa cosa, non ha più senso parlare né di dignità né di libertà.

(Cesare Beccaria)

3. Existe uma relação direta entre dignidade humana, a ideia de não lesar (princípio *neminem laedere*)⁷³ e bem comum. A dignidade humana é um princípio jusnaturalista, centrado na ideia de liberdade e igualdade, segundo o qual toda pessoa tem, diante de sua simples existência, o direito ao respeito à sua dignidade⁷⁴. Esse princípio fundamenta-se, portanto, na proteção da pessoa (*iustitia protectiva*), que deriva dos direitos fundamentais do homem⁷⁵, uma vez que é ele identificado a partir de sua violação.

72 Sim, chegamos a 800 mil presos no sistema prisional brasileiro (*canalcienciascriminais.com.br*)

73 R. DONNINI, *Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere*, in R. Donnini, R.M. de Andrade Nery, *Responsabilidade civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 483/503.

74 M. KRIELE, *Introdução à Teoria do Estado – Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*, trad. de Urbano Carvelli, 2009, 284.

75 A noção de *iustitia protectiva* vem sendo desenvolvida desde o Renascimento e tem por finalidade obstar um poder absoluto do Estado. A *justiça protetiva* impõe uma vida digna, centrada no princípio *neminem laedere*, na ideia, assim, de não lesar a outrem e na prevenção e precaução de lesões, com a finalidade também de evitar comportamentos antissociais. Há, portanto, um vínculo direto entre responsabilidade, socialidade, derivada esta da noção de solidariedade, e no dever de não causar danos a outrem. H. COING, *Elementos fundamentais da filosofia do direito*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre, 2002, 250; R. DONNINI, *Responsabilidade civil na pós-modernidade – Felicidade, Proteção, Enriquecimento com causa e Tempo perdido*, 1ª. ed. Rio Grande do Sul, 2015, 81 s.

O posicionamento especial do ser humano no cosmo já era identificado na Antiguidade, em Sócrates, Platão, Aristóteles e Cícero. No pensamento Estoico, seguido por este último, já eram encontradas posições acerca da dignidade e do valor do homem como ideia filosófica⁷⁶.

Na Idade Média, Santo Tomás de Aquino já afirmava que a dignidade é justamente a superioridade do homem por ser livre, pelo fato de agir por si mesmo, por possuir o domínio de seus atos e não pelo comando de outros seres, identificando-a, assim, com a razão, com a capacidade da pessoa de conhecer o que está ao seu redor, no mundo⁷⁷.

Antes do Iluminismo, Giovanni Pico della Mirandola, no ano de 1486, em seu *Discurso sobre a dignidade do homem*, contribuiu de maneira original ao desenvolvimento desse tema, com viés antropocêntrico, não apenas quando afirmava que o homem é livre para suas escolhas⁷⁸, mas que, ao optar por um dado caminho, encontrava a sua própria essência, por estar acima do mundo físico-biológico. Em sendo assim, para esse autor, se a liberdade, a autodeterminação, é um dom recebido, a dignidade está em saber utilizá-la adequadamente, transformando o mundo e a si mesmo em direção ao melhor⁷⁹. Posteriormente, Francisco de Vitoria, no século XVI, já traçava as bases para o desenvolvimento desse tema, ao refutar veementemente o argumento espanhol dominante de que os índios, por serem pagãos, podiam ser escravizados ou mesmo exterminados, uma vez que não seriam sujeitos de direito. Vitoria, ao abrigo do direito natural, sustentava que as pessoas, por sua própria natureza, eram, a princípio, iguais e livres. Para tanto, valeu-se do princípio *neminem laedere* para justificar que não se deve lesar a outrem, tampouco ser lesado.

Foi somente a partir do século XVIII que sucedeu o desenvolvimento mais efetivo do princípio da dignidade humana, em especial por meio de Kant, cuja noção principia da autonomia ética, ao estabelecer o homem como um fim em si mesmo e não como instrumento ou meio de outra pessoa⁸⁰, construção essa que parte na natureza racional do ser humano. Toda-

76 M. WHITE, *Os Estoicos*, Brad Inwood (org.), trad. de Paulo Fernando Tadeu Ferreira e Raul Fiker, São Paulo, 2006, 162.

77 *Suma Teológica*, I, 29,3.

78 G.P. DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade do homem (Oratio de Hominis Dignitate)*, trad. de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, 57.

79 B.A. LACERDA, *A dignidade humana em Giovanni Pico della Mirandola*, in *Revista Legis Augustus* (Revista Jurídica), Unisum Publicações, vol. 3, setembro/2010, n. 1, 22.

80 I. KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo, 2004, 59, esclarece: «Age de tal maneira que

via, é inegável que esse princípio tem suas bases centradas no cristianismo, segundo o qual a dignidade implica na igualdade dos homens diante de Deus, impondo, dessa forma, a proteção e o respeito da pessoa, o que fomentou a igualdade civil⁸¹.

Apesar do desenvolvimento desse tema ter-se iniciado há muito tempo, somente depois da Segunda Grande Guerra, após um período de transgressão incomparável ao direito de humanidade, é que muitos países inseriram em suas constituições federais o princípio da dignidade humana⁸², entre eles a Itália⁸³ e o Brasil. No texto constitucional brasileiro, embora haja expressa previsão legal (art. 1º, III, da Constituição Federal)⁸⁴ e de sua inegável importância e magnitude, há uma verdadeira busca incessante por sua definição. No entanto, por ser o conteúdo de sua noção formado por contornos abertos e vagos, não é passível de um conceito, ao menos de uma maneira rigorosa, estática, mas sim mediante sua concretização pela prática constitucional⁸⁵ e infraconstitucional, normalmente a partir de sua inobservância. Assim é que a dignidade humana tem sido interpretada como proteção da pessoa no âmbito individual e coletivo⁸⁶, reconhecida como um valor que abarca o desenvolvimento e a realização da pessoa, em uma dada sociedade e em certo momento histórico e cultural⁸⁷.

Decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana os princípios da solidariedade e da igualdade, verdadeiros instrumentos da efetiva pro-

possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio».

81 J.J. ISRAEL, *Direito das Liberdades Fundamentais*, trad. de Carlos Souza, Barueri – São Paulo, 2005, 57.

82 As Constituições de Weimar, de 1919, a portuguesa de 1933 e a irlandesa de 1937 já previam esse princípio antes mesmo da Segunda Grande Guerra.

83 «Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

84 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III – a dignidade da pessoa humana.

85 I.W. SARLET, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre, 2015, 50 s.

86 K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, 1998, 110.

87 A. SCHREIBER, *Direitos da Personalidade*, 3ª ed., São Paulo, 2014, 8.

teção da dignidade humana. A solidariedade, por sua vez, prevista no art. 2º da Constituição da República italiana e no texto constitucional brasileiro (art. 3º, I), é considerada um dos objetivos fundamentais de ambas as Cartas Magnas⁸⁸.

O princípio da igualdade deve ser visto como um princípio de justiça social. Está, assim, compreendido no ideal de igual dignidade social da pessoa humana, que possui como finalidade realizar a igual dignidade do ser humano, para que seja efetivada a justiça social. estabelecida no art. 170, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

Dessa forma, a percepção de sua aplicação sucede inexistindo respeito pela vida, integridade física ou moral, bem assim na hipótese de falta de condições mínimas para uma existência digna⁸⁹, em desrespeito aos direitos fundamentais. É o que acontece com o tratamento indigno dispensado aos detentos em vários países europeus e na quase totalidade da América Latina, em cristalina ofensa aos direitos fundamentais previstos nas respectivas Constituições Federais, lesões essas passíveis de reparação prove-niente de danos materiais e morais.

88 O princípio da responsabilidade por nós proposto está associado à responsabilidade civil geral, em sua vertente mais contemporânea, que impõe um comportamento solidário, que visa à proteção das pessoas (*iustitia protectiva*) na atualidade e para o futuro (próximas gerações), com a finalidade de não apenas reparar adequadamente os danos suportados, mas, antes de tudo, preveni-los, cuja origem está no sempre atual princípio *neminem laedere*. (R. DONNINI, op. cit., 80)

89 L. CHIEFFI, a respeito da utilização do termo «dignidade», ensina: «L'indeterminatezza di questo termine privo del pregio della "cristallina chiarezza", aveva infatti indotto lo stesso Costituente italiano a rinunciare al suo impiego per descrivere gli ambiti di autonomia della persona negli sviluppi del rapporto terapeutico (articolo 32), inducendo a preferire una diversa espressione (il "rispetto della persona umana") che avrebbe preservato in modo più netto e certamente meno equivoco l'intangibilità del corpo umano da qualunque intervento esterno, pure in presenza di una esplicita previsione legislativa introduttiva di un trattamento sanitario obbligatorio. Lungi dal voler conferire una dimensione assiologica isolata, di difficile prevedibilità e controllabilità, viene allora ritenuto dai più preferibile un impiego della dignità, pure definita dal giudice costituzionale spagnolo come "germe o nucleo di alcuni diritti che le sono inerenti", "il punto di partenza, *prius* logico e ontologico per l'esistenza e la specificazione di altri diritti", per rafforzare quegli stessi beni personalistici (come l'integrità psico/fisica, l'autodeterminazione, la riservatezza) richiamati dai testi costituzionali, consentendo per tale via di circoscrivere con maggiore precisione gli ambiti di esercizio della discrezionalità legislativa» (L. CHIEFFI, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP* – <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/552/edicao-1/dignidade-humana-e-evolucoes-do-principio-personalista>

A dignidade do detento será preservada se o Estado o tratar realmente como um ser humano, com igualdade, ou seja, dentro do ideal de justiça social e solidariedade, pois, caso inexistisse esse tratamento, estará a administração pública a cometer um ilícito passível de reparação.

4. Se nos Estados despóticos e absolutivos o rei não errava (*The king can do no wrong*⁹⁰) e os administrados podiam acionar apenas o funcionário causador da lesão, atualmente o rei não apenas erra (*the king can do wrong*) como sua responsabilidade (do Estado) é objetiva, conforme previsão expressa da Constituição Federal do Brasil (art. 37, § 6º)⁹¹ e art. 15 do Código Civil⁹². Em pese a tentativa de parte da doutrina em estabelecer que se o ato da Administração Pública fosse omissivo, seria analisada eventual culpa, sendo a responsabilidade, portanto, subjetiva (aquiliana); se, por outro lado, fosse o ato comissivo, estar-se-ia diante de uma responsabilidade objetiva. Todavia, o texto constitucional brasileiro não fez essa distinção e, portanto, quando a norma dispõe de modo amplo, sem limitações, não se permite ao intérprete restringi-la quando o legislador não o fez (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*)⁹³. Desta forma, mesmo em se tratando de um ato lícito da administração que cause dano, deve este ser reparado, embora existam causas excludentes, tais como força maior, culpa da vítima, fato de terceiro, além de outras hipóteses como a ausência de relação de oficialidade entre o agente e o dano, ou quando este for inevitável.

Na Itália, o art. 28 da Constituição⁹⁴, embora não tenha uma redação semelhante à brasileira, dispõe que a responsabilidade da Administração Pública e dos funcionários causadores do dano é direta e solidária. Merece

90 *le roi ne peut mal faire*

91 «As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa».

92 «As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano».

93 C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1980, 247.

94 «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

destaque a sentença da Corte di Cassazione n. 500/1999, ao determinar que a responsabilidade aquiliana da Administração Pública existe não apenas na hipótese de violação de direitos subjetivos, mas também no caso de interesses legítimos.

O tratamento desumano dispensado aos detentos no plano mundial fere a ideia de correção. A cláusula geral de boa-fé transcende o direito privado (art. 1175 c.c. e 422 do Código Civil brasileiro)⁹⁵ e abarca qualquer situação jurídica, visto que impõe um comportamento correto, honesto, equânime, proporcional⁹⁶. No direito público, o agir segundo a *bona fides* há muito é condição indispensável em qualquer democracia, uma vez que que é inadmissível uma convivência entre pessoas, seja no âmbito privado ou público, seja na relação entre governantes e governados ou no exercício do poder, desprovida de um comportamento ético, transparente, de confiança. Para tanto, a extensão da boa-fé se realiza na Itália por intermédio da Legge 7 agosto 1990⁹⁷, assim como na Constituição brasileira por meio do princípio da moralidade (CF, art. 37)⁹⁸.

A responsabilidade civil da Administração Pública tem sido pautada pelo debate entre os administrativistas e civilistas. Os primeiros tendem a dar maior destaque à questão orçamentária e a possibilidade ou não de reparação em determinadas situações e sua relação com o possível valor indenizatório, enquanto os segundos dispensam tal argumento. Contudo, em existindo lesão a outrem provocada pelo Estado, cabe a fixação de uma justa indenização, seja o ato omissivo ou comissivo.

As funções atuais da responsabilidade civil abrangem não apenas a reação ao ato ilícito cometido, com a reparação do dano suportado pela

95 Art. 1175: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza». Código Civil brasileiro, art. 422: «Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé».

96 R. DONNINI, *Bona fides*: do Direito Material ao Processual. *Revista de processo*, v. 251, 113-126, 2016.

97 2-bis. I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. (comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge n. 120 del 2020)

98 «A moralidade administrativa consiste no dever que o agente político, funcionário ou servidor têm de agir de modo legal, escorreito, honesto, sem aproveitar-se das vantagens de seu cargo ou função para si ou para outrem e sem favorecer ou prejudicar alguém. A atitude do improbo administrativo é punida na forma da CF 37 § 4º e da lei. Os regulamentos internos do poder público relativos à ética e moralidade administrativas complementam o princípio constitucional» (N. NERY JUNIOR; R.M. DE ANDRADE NERY, *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2009, 357).

vítima e volta ao *status quo ante*, quando possível, mas também ratificar o poder punitivo do Estado, além da prevenção de novos danos, ao se desestimular novas lesões (*deterrence*)⁹⁹. Portanto, se a Administração Pública causa danos aos detentos, pode e deve ser responsabilizada.

5. Lesar a outrem (*alterum laedere*), causando-lhe danos patrimoniais ou morais, é vedado, salvo nas hipóteses permissivas¹⁰⁰. No que se refere aos danos imateriais, com a transgressão dos direitos da personalidade é que surge o dever de repará-los, mediante a fixação de uma quantia indenizatória. Em outras palavras, o dano moral subjetivo, o biológico e o existencial exsurtem por ocasião da violação a qualquer direito da personalidade. Entre eles estão os direitos à integridade física e à saúde¹⁰¹, que têm sido transgredidos pela Administração Pública, ao permitir um número exagerado de detentos em espaços incompatíveis com a sua dignidade, além das péssimas condições estruturais dos presídios.

A personalidade não é apenas um direito, mas um valor fundamental de todo o ordenamento jurídico¹⁰², motivo pelo qual há uma necessidade cons-

99 G. ALPA, *La responsabilità civile*, Parte Generale, Milano, 2010, 159 s.

100 As excludentes de culpabilidade no Direito Penal são: a) a legítima defesa; b) o estado de necessidade; c) o estrito cumprimento do dever legal; e d) o exercício regular de direito.

101 A palavra saúde advém do latim *salus*, íntegro, integridade (<http://etimo.it/?term=salute&find=Cerca>) e tem o significado de preservação, de conservação da vida, o bem-estar da pessoa nas funções físicas, afetivas, mentais e sociais. Diante da integração das pessoas ao meio ambiente e dos riscos inerentes à existência humana, sempre foi inevitável a proteção da saúde, para a preservação da espécie humana. A noção de saúde, portanto, não se enquadra apenas na ausência de doença, enfermidade, mas na eficácia das funções orgânicas, culturais, físicas e relacionais. O fato de alguém não ter uma moléstia não caracteriza, por si só, uma vida com saúde, visto que é *conditio sine qua non* o efetivo funcionamento de todas essas funções. Prevê o art. 32 da Constituição da República italiana a saúde como um direito fundamental: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Na mesma direção, a Constituição Federal do Brasil em seu artigo 6º: «São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição».

102 CAPELO DE SOUSA conceitua o bem da personalidade humana «como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto

tante na sua proteção, verdadeiro dever de cuidado que, bem de ver, deve ser exercido por todos: governantes e governados. Em verdade, o que se tutela é o valor da pessoa humana, sem qualquer limitação, a menos que haja um conflito entre pessoas. Permite-se, destarte, que, com a evolução social, qualquer manifestação ou exigência da pessoa seja passível de proteção, de tutela¹⁰³, mesmo nas hipóteses não previstas em lei, se dano advier.

Os direitos da personalidade¹⁰⁴ são considerados direitos subjetivos da pessoa e a cada um desses direitos deve corresponder um valor fundamental para a defesa de sua integridade física, intelectual e moral. Têm esses direitos por característica a proteção da dignidade humana¹⁰⁵ e a eles também correspondem deveres jurídicos de toda a coletividade, cujo objeto está na pessoa do titular¹⁰⁶.

A efetiva proteção aos direitos da personalidade se perfaz com a prevenção (*deterrence*) e a reparação de danos. Portanto, a ideia é a de não lesar e não ser lesado, constante do princípio *neminem laedere*¹⁰⁷. Dessa

autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, socioambientalmente integrados» (R.V.A. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, 116-117). P. DE MIRANDA, por sua vez, enumera alguns direitos da personalidade essenciais, tais como: o direito à vida; o direito à integridade física; o direito à integridade psíquica; o direito à liberdade; o direito à verdade; o direito à igualdade formal; o direito à igualdade material; o direito de ter nome e o direito ao nome; o direito à honra; o direito à própria imagem; o direito à intimidade; e o direito autoral de personalidade (P. DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, 3ª ed., vol. 7, Parte Especial, tomo VII, 1971, 12 s).

103 P. PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, 2008, 764 s).

104 Os direitos da personalidade serviram de referencial para a construção dos denominados *direitos humanos*. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que versa sobre os direitos humanos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948), embora estes sejam mais amplos e passaram a ter proteção efetiva em nossa Constituição Federal de 1988, sob a nomenclatura de *direitos fundamentais*. Todavia, a exemplo do que sucede com os *direitos humanos*, têm também uma maior abrangência, tendo em vista que regulam, além dos direitos individuais e coletivos, os sociais e políticos. Os direitos da personalidade são considerados intransmissíveis e irrenunciáveis e seu exercício não pode sofrer limitação voluntária. Há proteção para a ameaça ou a lesão a um direito da personalidade (art. 12 do Código Civil brasileiro), podendo o ofendido requerer a cessação dessa ameaça ou ainda pleitear perdas e danos.

105 M.H. DINIZ, *Curso de Direito Civil brasileiro*, 29ª ed., São Paulo, 2012, 1º vol., *Teoria Geral do Direito Civil*, 152.

106 A. WALD, *Curso de Direito Civil brasileiro, Introdução e Parte Geral*, 13ª ed., São Paulo, 2011, 172.

107 Art. 2043 c.c. e art. 186 do Código Civil brasileiro.

forma, não ofender a outrem, considerado elemento negativo da justiça, idealizado muito antes do *Digesto* na filosofia grega¹⁰⁸, nos mostra a exata noção desse princípio, que indica verdadeiro limite, real empecilho à livre ação ou omissão que prejudique outrem, que abrange não apenas a noção de reparação do dano, mas, antes de tudo, sua prevenção¹⁰⁹.

O princípio *neminem laedere* guarda clara correspondência com a dignidade da pessoa humana, haja vista que deriva da justiça e do respeito¹¹⁰, consideração pelas pessoas, relacionada à proibição de violar a vida, o corpo ou ainda os direitos de outrem¹¹¹.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF 347 MC/DF), em 2015, reconheceu a superlotação carcerária e as condições desumanas de custódia e, como consequência, a violação de direitos fundamentais, as falhas de estrutura do sistema penitenciário e um estado de coisas inconstitucional. Essa mesma Corte firmou a tese ao julgar, com repercussão geral, o RE 580252/MS, em 2017, que é dever do Estado manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, assim como é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

6. A mera existência de superlotação carcerária já possibilita ao detento um pleito indenizatório contra o Estado. Basta, assim, a prova desse fato para a configuração do dano imaterial. Em razão desse fato, normalmente agravado com a falta de condições de higiene, além de ventilação e alimentação inadequadas, tratamento esse desumano dispensado aos presos, que representam nesse caso a parte mais vulnerável, que, bem de ver, merecem proteção, a Administração Pública transgredir também o direito fundamen-

108 Embora faça parte do *Digesto* (Ulpiano: 1.1.10.1), a origem do preceito *alterum non laedere*, juntamente com *honeste vivere* e *suum cuique tribuere*, é grega. Em meados da República (510 a.C. até 27 a.C.), a conquista da Grécia pelos romanos fez com que eles absorvessem a cultura do período *helenista*, especialmente na retórica, didática, filosofia, oratória e literatura. Na filosofia, os destaques foram as lições trazidas com o Epicurismo e com o Estoicismo.

109 R. DONNINI, *Responsabilidade civil pós-contratual*, São Paulo, 3ª ed., 2011, 41 s.

110 A palavra respeito, advém de *re* (de novo), mais *spicere* (olhar), isto é, olhar de novo, considerar o ato a ser tomado. (O. PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, in <https://www.etimo.it/?term=rispetto&find=Cerca>).

111 H. COING, ob., 248.

tal à saúde, estatuído nas Constituições italiana (art. 32)¹¹² e brasileira (art. 6º)¹¹³, o que permite ao lesado invocar a tutela jurisdicional para que sejam reparados os danos materiais e imateriais eventualmente configurados, tais como o dano moral subjetivo, biológico e existencial.

A responsabilidade civil possui novos paradigmas e entre eles estão a primazia do interesse da vítima e a solidariedade social. Sendo assim, a condenação da Administração Pública diante da violação da dignidade dos detentos opera também como um inibidor para essa costumeira prática cessa, o que se coaduna com as funções preventiva e reparatória da responsabilidade civil.

Se o Estado, na condição de protetor dos direitos fundamentais, lesa a pessoa humana encarcerada, por ação ou omissão, deve ser reparada essa ofensa mediante a fixação de uma indenização por danos morais e, eventualmente, materiais.

112 «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

113 «São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição».

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANDREINA ALFIERI, docente di Metodi e didattiche delle attività motorie presso l'Università Parthenope

FERDINANDO IVANO AMBRA, docente di Pedagogia sperimentale presso l'Università Parthenope

PASQUALINA BUONO, docente di Metodi e didattiche delle attività motorie presso l'Università Parthenope, componente del Consiglio direttivo del CIRB

ROBERTA CATALANO, docente di Istituzioni di diritto privato presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli, afferente al CIRB

LORENZO CHIEFFI, docente di Diritto pubblico e costituzionale presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli, componente del Consiglio direttivo del CIRB

GIOVANNI CHIOLA, docente di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

GIANPIERO COLETTA, ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli, afferente al CIRB

PAOLO COTTONE, docente di Psicologia Interculturale e Sociale presso l'Università degli Studi di Padova

RAFFAELLA CRISTIANO, docente di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, afferente al CIRB

CARMEN DI CARLUCCIO, docente di Diritto del lavoro presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli, afferente al CIRB

FRANCESCA DI LELLA, docente di Biodiritto presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, afferente al CIRB

ROGERIO DONNINI, docente di Diritto civile presso la Pontificia Università Cattolica di San Paolo (PUC-SP) – Brasile

DANIELA FALANGA, Arcigay Nazionale

CARMELA FERRARA, dottore di ricerca in Mind, Gender and Language

EMANUELA FURRAMANI, docente di Diritto penale e diritto penale internazionale presso l'Università "Luigj Gurakuqi", Shkodër (Albania)

FRANCESCO GARZILLO, Psicologo/Psicoterapeuta, PhD in Gender Studies, Dirigente Psicologo Asl Napoli 1 Centro

GIANLUCA GENTILE, docente di Diritto penale presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, afferente al CIRB

ALESSIA GIACOMARDO, Psicologa/Psicoterapeuta, Esperto del Tribunale di Sorveglianza di Napoli

PASQUALE GIUSTIANI, docente emerito di Filosofia Teoretica presso la Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. San Tommaso d'Aquino di Napoli, componente del Consiglio direttivo del CIRB

GIANLUCA GUIDA, Direttore del Centro Europeo di Studi sulla Devianza e sulla Criminalità Minorile di Nisida e docente di Pedagogia penitenziaria e della devianza presso la Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale-Sezione San Tommaso d'Aquino

ALEXANDER HOCHDORN, assegnista di ricerca presso l'Università di Brasília (Brasile)

MARIA LUISA IAVARONE, docente di Pedagogia sperimentale presso l'Università Parthenope

FABIO IGLESIAS, docente di Metodi di ricerca in Psicologia Clinica presso l'Università di Brasília (Brasile)

VITULIA IVONE, docente di Istituzioni di diritto privato presso l'Università di Salerno, componente del Consiglio direttivo del CIRB

LUIGI KALB, docente di Procedura penale presso l'Università di Salerno, componente della Commissione scientifica del CIRB

FRANCESCO LUCREZI, docente di Diritto romano presso l'Università di Salerno, componente del Consiglio direttivo del CIRB

ALESSIA MACCARO, ricercatrice di Bioetica presso l'Università di Warwick (UK), aderente al CIRB

FILOMENA MAZZEO, docente di Metodi e didattiche delle attività sportive presso l'Università Parthenope

RAFAEL OLIVEIRA, dottorando di ricerca presso l'Università di Brasília (Brasile)

EDUARDO OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, docente di Medicina Legale presso l'Università di Murcia (Spagna), componente del Centro di Studi in Biodiritto dell'Università di Murcia

MARIANNA PIGNATA, docente di Storia delle codificazioni presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli

FRANCESCO ROSSI, docente di Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, afferente al CIRB

RAFFAELE SANTORO, docente di Diritto ecclesiastico e interculturale presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli

SARA SCHETTER, Psicologa/Psicoterapeuta, docente di filosofia e scienze umane presso il MIUR

FABIO SCHIATTARELLA, Assistente Sociale Specialista, Giudice Onorario presso Tribunale dei Minori di Napoli

PAOLO SIANI, medico pediatra, Deputato della Repubblica Italiana per la XVIII legislatura

CONCETTA SORRENTINO, Psicologa/Psicoterapeuta

PAOLO VALERIO, Presidente Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, professore onorario di Psicologia Clinica e presidente Onorario Centro SInAPSi – Università degli Studi di Napoli Federico II, afferente al CIRB

ROBERTO VITELLI, docente di Psicologia clinica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

QUADERNI DI BIOETICA

1. *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, a cura di A. Nunziante Cesàro, Franco Angeli, Milano, 2000
2. *Etica della salute e "terapie non convenzionali"*, Atti del Convegno di Napoli (29/30 novembre e 1° dicembre 2000), a cura di L. Melillo, Quaderno n. 1, Giannini, Napoli, 2002
3. *Ricerche di bioetica*, a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 2, Giannini, Napoli, 2004
4. *Medicina ed etica di fine vita*, Atti del Convegno di Napoli (22/24 aprile 2002), a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 3, Giannini, Napoli, 2004
5. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 4, Giappichelli, Torino, 2005
6. *La cura delle donne*, Atti del Convegno di Napoli (27-29 ottobre 2004), a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 5, Meltemi, Roma, 2006
7. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Quaderno n. 6, Giappichelli, Torino, 2010
8. Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical issues*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019

NUOVA SERIE

1. *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 1, Mimesis, Milano, 2012
2. *Identità in dialogo. La liberté des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 2, Mimesis, Milano, 2012
3. *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Quaderno n. 3, Mimesis, Milano, 2014
4. *Bioetica, ambiente e alimentazione*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 4, Mimesis, Milano, 2014
5. *Frontiere mobili. Implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 5, Mimesis, Milano, 2014
6. *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi e J.R. Salcedo Hernández, Quaderno n. 6, Mimesis, Milano, 2015
7. *Pluralità identitarie tra bioetica e bio diritto*, a cura di L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola, P. Valerio, Quaderno n. 7, Mimesis, Milano, 2016
8. *Biosfera, acqua, bellezza. Questioni di bioetica ambientale*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 8, Mimesis, Milano, 2017
9. *Terzo tempo, fair play*, a cura di G. Valerio, M. Claysset, P. Valerio, Quaderno n. 9, Mimesis, Milano, 2017
10. *Dignità, libertà e ragione bioetica*, a cura di E. D'Antuono, Quaderno n. 10, Mimesis, Milano, 2018
11. *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 11, Mimesis, Milano, 2018
12. *Il biosistema tra tecnica ed etica. Nuove questioni di bioetica ambientale*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 12, Mimesis, Milano, 2018

13. Giovanni Chieffi, *Bioetica e complessità. Il punto di vista di un biologo*, Quaderno n. 13, Mimesis, Milano, 2020
14. Francesco Paolo Casavola, *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, a cura di Lorenzo Chieffi e Francesco Lucrezi, Quaderno n. 14, Mimesis, Milano, 2019
15. Pasquale Giustiniani, Lorella Parente (a cura di), *Diritti umani e diritti dell'ambiente. Verso nuovi confronti*, Quaderno n. 15, Mimesis, Milano, 2020
16. Raffaele Prodomo, *25 anni di bioetica a Napoli*, Quaderno n. 16, Mimesis, Milano, 2020
17. Gianluca Attademo, Carmela Bianco, Pasquale Giustiniani, Francesco Lucrezi (a cura di), *Sotto il segno della razza. Lo sterminio dei bambini. Giorno della Memoria 27 gennaio 2020*, Quaderno n. 17, Mimesis, Milano, 2021
18. Lorenzo Chieffi (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, vol. 1, Quaderno n. 18, Mimesis, Milano, 2021
19. Lorenzo Chieffi (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, vol. 2, Quaderno n. 19, Mimesis, Milano, 2021
20. Raffaele Prodomo e Alessia Maccaro (a cura di), *Le sfide del Covid-19 alla bioetica*, Quaderno n. 20, Mimesis, Milano, 2022
21. Andrea Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*

*Finito di stampare
nel mese di settembre 2023
da Puntoweb s.r.l. – Ariccia (RM)*