

3

*rassegna
penitenziaria
e criminologica*

Nuova Serie - Anno XV - Settembre-Dicembre 2012

3 *rassegna*
2012 *penitenziaria*
 e criminologica

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

GIOVANNI TAMBURINO

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

**SALVATORE ALEO, GIUSEPPE AMATO, RENATO BREDA,
SANTI CONSOLO, FRANCO DELLA CASA, GIUSEPPE DI GENNARO,
VITALIANO ESPOSITO, FRANCESCO SAVERIO FORTUNA,
FRANCESCO PAOLO GIORDANO, GIUSEPPE LA GRECA, LUIGIA
MARIOTTI CULLA, MASSIMO PAVARINI, EMILIO SANTORO,
ERNESTO SAVONA, RICCARDO TURRINI VITA**

COMITATO DI GARANZIA

**AUGUSTO BALLONI, LUIGI CANCRINI, ADOLFO CERETTI,
SALVATORE CIRIGNOTTA, FRANCESCO DE FAZIO, EMILIO DOLCINI,
LUCIANO EUSEBI, VITTORIO GREVI, MARCELLO MARINARI,
TULLIO PADOVANI, GIOVANNI TAMBURINO, GIOVANNI TINEBRA**

REDATTORE CAPO

FRANCESCO OTTAVIANO

REDAZIONE

**LAURA CESARIS, DANIELE DE MAGGIO, LUCIA MARZO,
GRAZIANO PUJIA**

SOMMARIO

DOTTRINA E DIBATTITI

SALVATORE ALEO

Delitti associativi e criminalità organizzata.

I contributi della teoria dell'organizzazione. pag. 7

VINCENZO LAMONACA

Profili storici del lavoro carcerario..... pag. 43

SETTIMO MONETINI

I bambini di età inferiore ai tre anni ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute.

Il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria..... pag. 79

ANDREANA ESPOSITO

Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea

dei diritti dell'uomo..... pag. 153

GIURISPRUDENZA

FABIO FIORENTIN

Isolamento diurno del condannato all'ergastolo e divieto di

comunicazione con gli altri detenuti pag.187

*Commento a Magistrato di Sorveglianza di l'Aquila,
ordinanza 22 giugno 2012*

LAURA CESARIS

Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela

della salute delle persone detenute..... pag. 213

INDICE GENERALE pag. 228

DELITTI ASSOCIATIVI E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA. I CONTRIBUTI DELLA TEORIA DELL'ORGANIZZAZIONE

SALVATORE ALEO*

SOMMARIO: 1. La nozione di criminalità organizzata e la storia delle figure delittuose associative. 2. Riflessioni sulle funzioni e la specificità delle figure delittuose associative. 3. I problemi della complessità e i contributi della teoria dell'organizzazione. 4. Profili definitivi dell'organizzazione criminale. 5. Per un approccio di carattere generale e sistematico alle forme e ai fenomeni di criminalità organizzata: il problema della sistematizzazione delle definizioni.

1. La nozione di criminalità organizzata e la storia delle figure delittuose associative.

La nozione di criminalità organizzata ha cominciato a essere usata in Italia intorno alla metà degli anni settanta del secolo appena trascorso, in relazione ai fenomeni dei sequestri di persona e di diffusione degli stupefacenti e ai primi gruppi terroristici.

Negli Stati Uniti l'*Organized Crime Control Act* (OCCA) è stato emanato nel 1970, relativo ai crimini tipici dei settori in cui agiscono le organizzazioni criminali. Come vedremo, sarebbe un errore tradurre senz'altro *organized crime* come criminalità organizzata, perché la nozione anglosassone riguarda il singolo *crime* realizzato in forma ovvero in contesti organizzativi: in un ordinamento in cui viene rifiutata la responsabilità penale autonoma a titolo associativo.

La diffusione delle nozioni di criminalità organizzata può essere spiegata, secondo una dimensione tanto reale quanto culturale, con riferimento, da un canto, alla dimensione organizzativa crescente

* Professore ordinario di Diritto penale - Università di Catania. Questo saggio è dedicato a Giovanni Conso

delle attività delittuose, come di tutte le attività umane, d'altro canto, alla affermazione e diffusione della problematica, della teoria e delle nozioni generali dell'organizzazione.

La materia che oggi definiamo della criminalità organizzata è stata oggetto nella storia della codificazione delle figure delittuose associative, autonome (la cui responsabilità è cioè autonoma, indipendente) rispetto alla responsabilità dei singoli delitti maturati e realizzati nel contesto dell'attività dell'associazione.

Nella storia delle figure delittuose (autonome) associative, possono essere fatte rilevare due tendenze diverse, con profili contraddittori. Una tendenza, che possiamo definire sociologica, alla definizione e costruzione con riferimento specifico alle forme e ai fenomeni di criminalità organizzata, nella loro dimensione sociale e storica concreta: dall'*association de malfaiteurs*, costruita nel codice napoleonico con riferimento diretto al fenomeno del banditismo (degli *chauffeurs*, che aggredivano e depredavano le persone), all'associazione di tipo mafioso e alle altre figure associative specialistiche (soprattutto stupefacenti e terrorismo, ma non solo). Una tendenza, che possiamo definire tecnico-giuridica, all'astrazione e generalizzazione, dalla originaria figura dell'*association de malfaiteurs* fino alla figura dell'associazione per delinquere del codice Zanardelli e poi, ulteriormente, del codice Rocco.

Nel codice napoleonico l'associazione di malfattori fu prevista nella stessa sezione con i delitti di vagabondaggio e mendicizia. Riporto dall'edizione ufficiale «*pel Regno d'Italia*» del 1810. Secondo l'art. 265, «Ogni associazione di malfattori, diretta contro le persone o le proprietà, è un crimine contro la pace pubblica». Art. 266: «Questo crimine esiste col solo fatto dell'organizzazione delle bande o di corrispondenza fra esse ed i loro capi o comandanti, o di convenzioni tendenti a render conto, o a distribuire o dividere il prodotto dei misfatti». Art. 267: «Quando questo crimine non fosse stato accompagnato nè susseguito da alcun altro, gli autori, i direttori dell'associazione, ed i comandanti in capo o sottocomandanti di queste bande, saranno puniti coi lavori forzati a tempo». Art. 268: «Saranno punite colla reclusione tutte le altre persone incaricate di un servizio qualunque in queste bande, e

quelle che avranno scientemente e volontariamente somministrato alle bande o alle loro divisioni delle armi, munizioni, istromenti atti al crimine, alloggio, ritirata o luogo di unione». Quest'ultima disposizione va considerata insieme con quella dell'art. 61, della disciplina della complicità, riportata subito appresso.

Nel codice napoleonico fra i crimini e delitti contro la sicurezza dello Stato erano le previsioni criminose di attentato, cospirazione (*complot*, tradotto "cospirazione" nell'edizione «*pel Regno d'Italia*» e rimasto tale nella nostra cultura) e bande armate. Nel codice penale francese del 1994 i crimini di *attentat* e *complot* e il delitto di *association de malfaiteurs* sono collocati insieme fra i *Crimes et délits contre l'État, la nation et la paix publique*.

Secondo l'art 61 del codice napoleonico, della disciplina della complicità, «Coloro che, conoscendo la condotta criminosa di malfattori che esercitano brigantaggio o violenze contro la sicurezza dello Stato, la pace pubblica, le persone o le proprietà, loro somministrano abitualmente alloggio, luogo di ritirata o d'unione, saranno puniti come loro complici».

Questo schema fu identicamente riprodotto nel codice sardo del 1839 e poi in quello sardo-italiano del 1859.

Nel codice toscano del 1853, fra le disposizioni relative ai «delitti contro gli averi altrui» era la previsione dell'art. 421: «§. 1. Quando tre o più persone hanno formato una società, per commettere delitti di furto, di estorsione, di pirateria, di truffa, di baratteria marittima, o di frode, benchè non ne abbiano ancora determinata la specie, od incominciata l'esecuzione; gl'instigatori e i direttori sono puniti con la carcere da tre mesi a tre anni, e gli altri partecipanti soggiacciono alla medesima pena da un mese ad un anno». «§. 2. E se i membri della detta società hanno, in sequela di essa, tentato o consumato un delitto; la pena di questo concorre con quella stabilita dal §. precedente, secondo le norme degli art. 72 e seguenti». «§. 3. In tutti i casi, contemplati dai precedenti §§. 1 e 2, si applica ancora la pena accessoria della sottoposizione alla vigilanza della polizia». Vanno fatte rilevare le pene assai modeste e (però) la pena accessoria della vigilanza della polizia.

Nel codice toscano, fra i «delitti contro la sicurezza interna

ed esterna dello Stato» erano le previsioni di sollevazione, attentato, cospirazione e relativa istigazione, non anche di banda armata.

Il riferimento dell'art. 421 era dunque alla «società» e alle «persone», molto più astrattamente che quelli d'impronta criminologica alle «bande» e ai «malfattori» dei codici napoleonico, parmense e sardo; le pene erano assai contenute, in confronto a quelle dell'associazione di malfattori; la funzione era concepita, eminentemente, come anticipatoria: in modo precipuo vi era precisata l'indipendenza dall'inizio dell'esecuzione; le tipologie dei delitti-scopo erano indicate sia in termini più generali che in relazione alle finalità di lucro, con esclusione dei delitti contro la persona, che per lo più hanno una dimensione strumentale nelle forme criminose organizzate; infine appare essenziale far rilevare come questa figura, a differenza dell'associazione di malfattori, fosse limitata ai «membri della detta società», con esclusione cioè dei contributi forniti eventualmente – invero alla «banda» – da chi tuttavia non ne facesse parte.

Carrara fece osservare che «Il titolo di reato che corre nella pratica toscana sotto il nome di *associazione a delinquere* ha la sua storia, ma non può dirsi che abbia ancora la sua teorica esatta, completa e concorde nelle legislazioni contemporanee»¹. «Sta bene che in tutte queste legislazioni il solo fatto della associazione abbia una pena *sua propria*. Sta bene che si abbia sempre un delitto in sé perfetto consumato col solo associarsi anche prima di qualunque altra lesione di diritto. Sta bene che per ciascuno dei membri della associazione i quali commettano delitti speciali, debba infliggersi la *pena propria dello associarsi*, oltre che le pene speciali per gli altri delitti ai quali abbia ciascuno di loro preso parte. Fin qui la somiglianza tra figura e figura può illudere. Ma la illusione bisogna che si dilegui quando si vegga che a parallelo della pena del carcere minacciata tra noi contro i capi, da tre mesi a tre anni, e da un mese ad un anno contro tutti gli altri membri, si trova nelle altre legislazioni la galera fino a venti anni»².

1 F. Carrara, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da P. S. Mancini, I, Soc. Ed. Libr., Milano, 1884, p. 1116.

2 Ivi, p. 1117.

Dopo aver osservato che «noi nella nostra Provincia non abbiamo tradizioni né di *briganti*, né di *bande*, né di *guerille*, né di *conventicole*», Carrara rilevava che «Nella figura dell'art. 421 la *forza fisica oggettiva* del maleficio tutta si estrinseca nel vincolare a noi la volontà di altre due persone le quali hanno stipulato a favor nostro un patto di commettere usurpazioni sulla proprietà altrui; di commetterle in beneficio comune e di parteciparne il lucro con noi. Qui tutto finisce. La forza fisica oggettiva del reato toscano di *associazione a delinquere* tutta si esaurisce in un *effetto morale*. Nessuno abbandona il domicilio paterno. Non vi è provvista di armi; non vi è riunione di uomini in attitudine minacciosa. È una società in partecipazione nella quale ciascuno opera isolatamente, salvo le facilitazioni e i sussidi che l'occasione potrà richiedere. [...] È una associazione che vuole essere punita eccezionalmente perché la sua costituzione aggredirà i diritti, possibilmente, di tutti i consociati, e non limitativamente i diritti di alcuni determinati cittadini come nell'accordo ad un delitto determinato». (...) «Nelle bande, al contrario, vi è ben altro apparato di forza fisica oggettiva. Si procede uniti in attitudine da soverchiare chiunque s'incontra, da soverchiare qualunque resistenza; ed è questa la forza fisica oggettiva del maleficio che lo denatura e lo rende enormemente più grave e più pauroso»³.

Nella impostazione di Carrara troviamo dunque la prima giustificazione delle figure delittuose associative (della figura generale di associazione a delinquere) in funzione di anticipazione della soglia della risposta e responsabilità penale, rispetto a quella ordinaria dei delitti, e di deroga del principio generale di non punibilità del mero accordo, in considerazione della pericolosità sociale dell'associazione, diretta verso una pluralità di delitti; e la definizione del contenuto della responsabilità, e quindi della prova, nel fatto «dello associarsi». Questa impostazione, poi tradizionalmente e pedissequamente riprodotta, anche in modo tralaticio, come vedremo, è abbastanza contraddetta dalla realtà, sotto svariati profili.

Nel codice Zanardelli, il delitto di «associazione per

³ Ivi, pp. 1117-18.

delinquere» è previsto, fra quelli «contro l'ordine pubblico», nell'art. 248: «Quando cinque o più persone si associano per commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà, ciascuna di esse è punita, per il solo fatto dell'associazione, con la reclusione da uno a cinque anni»⁴. Tutti i delitti, dunque, elencati secondo l'ordine e le intitolazioni generali del codice, tranne quelli contro lo Stato: per cui erano previste le figure speciali di istigazione, accordo, cospirazione, banda armata, assistenza agli associati e non punibilità della desistenza e della dissociazione (fra le disposizioni comuni ai «delitti contro la sicurezza dello Stato»); e tranne quelli «contro la pubblica amministrazione»: perché già quel legislatore riteneva che i pubblici amministratori non possono costituire associazione per delinquere.

Il processo di astrazione e generalizzazione giunse a compimento, possiamo dire con la formula tecnicamente più astratta, con la previsione del delitto di «Associazione per delinquere» dell'art. 416 del codice Rocco: «Quando tre o più persone si associano al fine di commettere più delitti ...»; delitti, dunque, di qualsiasi tipo.

Va fatto rilevare incidentalmente come la formula introduttiva degli artt. 307 e 418, delle previsioni delittuose di assistenza ai partecipi di cospirazione e banda armata e associazione per delinquere, «fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento» (che è stata pure ritenuta dalla Corte di cassazione riferita unicamente ai casi di concorso necessario costitutivi direttamente del delitto associativo, per escludere a un certo punto la configurabilità del concorso eventuale o esterno, di carattere materiale, nei delitti associativi), abbia riprodotto quella dei corrispondenti artt. 132 e 249 del codice Zanardelli, in cui il riferimento era fatto formalmente all'art. 64 («fuori dei casi dell'articolo 64»), della disciplina generale del concorso di persone nel reato.

⁴ I commi successivi: «Se gli associati scórano le campagne o le pubbliche vie, e se due o più di essi portino armi o le tengano in luogo di deposito, la pena è della reclusione da tre a dieci anni». «Se vi siano promotori o capi dell'associazione, la pena per essi è della reclusione da tre a otto anni, nel caso indicato nella prima parte del presente articolo, e da cinque a dodici anni, nel caso indicato nel precedente capoverso». «Alle pene stabilite nel presente articolo è sempre aggiunta la sottoposizione alla vigilanza speciale dell'Autorità di pubblica sicurezza».

Secondo Manzini, dei compilatori del codice Rocco: «“Più delitti” sono anche due soli» ed «anche quando, dato il modo come gli associati concertarono o eseguirono i fatti, si debba applicare la norma sul reato continuato (art. 81 capov.). Non così allorchè un delitto è considerato elemento costitutivo o circostanza aggravante d’altro delitto (reato complesso: art. 84), perchè in tal caso la unificazione giuridica corrisponde all’unità di fatto». (...) «Per la sussistenza del delitto di associazione a delinquere gli associati devono aver concertato e risolto di darsi alla perpetrazione di più delitti, in modo da non lasciar dubbio sulla serietà e sulla determinatezza del loro criminoso proposito. Il massimo grado di certezza si ha quando gli associati hanno effettivamente commesso uno o più dei delitti-scopo»⁵.

La giustificazione della figura astratta e generale era che l’associazione poteva concepirsi per qualsiasi tipo di delitto. Il limite evidente era che vi venivano considerati insieme (modelli organizzativi di) tipi di delitti assolutamente diversi, di gravità ed entità sociale assolutamente incomparabili. E difatti si è sviluppata la proliferazione delle figure delittuose associative speciali: progressivamente con l’emergere delle diverse forme organizzative di delitti.

Nello stesso codice Rocco: cospirazione politica mediante accordo (art. 304) e mediante associazione (art. 305) e banda armata (art. 306); associazioni sovversive (art. 270, con riferimento diretto alle organizzazioni comuniste, socialiste e anarchiche); associazioni antinazionali (art. 271); associazioni internazionali illecite (senza autorizzazione del Governo – artt. 273 e 274: rispettivamente costituzione e partecipazione). Durante il fascismo: associazione contrabbandiera; associazione per la fabbricazione clandestina di spirito.

Gli artt. 271, 273 e 274 sono stati poi dichiarati incostituzionali. L’art. 270 è stato riformato in modo altrettanto (benché antitetico) discutibile. Vedremo più avanti.

Dopo la caduta del fascismo: associazioni politiche mediante organizzazioni di carattere militare (in attuazione dell’art. 18 comma secondo Cost.); divieto di ricostituzione del partito fascista (in attuazione

⁵ V. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, UTET, Torino, 1946, p. 176.

della XII disp. trans. e fin. Cost.); banda fascista o monarchica, per le associazioni armate.

Nel 1975: l'associazione per delinquere relativa ai delitti sugli stupefacenti, con la circostanza aggravante che tali delitti erano commessi da persona che faceva parte dell'associazione; l'associazione razzistica (in esecuzione della Convenzione contro il razzismo di New York 1966). Nel 1979-80: l'associazione terroristica (art. 270 *bis* c.p.), la circostanza aggravante della finalità di terrorismo, le misure premiali della collaborazione con la giustizia e poi della sola dissociazione. Nel 1982 l'associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.): con le misure patrimoniali e poi con le misure premiali della collaborazione con la giustizia e l'aggravante che il delitto è stato realizzato avvalendosi delle condizioni dell'associazione di tipo mafioso ovvero al fine di agevolare l'attività della stessa, le tecniche e strutture di collegamento e coordinamento delle indagini, le tecniche speciali processuali e quelle di differenziazione dell'esecuzione penitenziaria. Sempre nel 1982, il delitto di associazione segreta, introdotto con la legge di scioglimento della loggia massonica P2. Nel 1990 sono state elevate in modo consistente le pene dell'associazione divenuta «finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope» ed è stata eliminata la corrispondente circostanza aggravante dei delitti realizzati. Nel frattempo sono state elevate di molto le pene del delitto di associazione di tipo mafioso. Nel 2001 (dopo l'attentato alle Torri Gemelle) le associazioni delittuose con finalità di terrorismo hanno acquisito la connotazione normativa «anche internazionali» (art. 270 *bis* c.p.). Nel 2003 la pena dell'associazione per delinquere è stata stabilita (art. 416 comma sesto) da cinque a quindici anni (per la promozione, costituzione, organizzazione e direzione) e da quattro a nove anni (per la partecipazione) se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di schiavitù, tratta di persone e immigrazione clandestina. Nel 2008 la rubrica dell'art. 416 *bis* c.p. è stata estesa alle «Associazioni di tipo mafioso anche straniere».

2. Riflessioni sulle funzioni e la specificità delle figure delittuose associative.

Le figure delittuose autonome associative hanno avuto giustificazione in funzione di anticipazione, ovvero retrocessione, della soglia della risposta e della responsabilità penale, in confronto a quella ordinaria dei delitti, e in deroga rispetto ai principi generali del diritto e della responsabilità penali, in considerazione della particolare pericolosità costituita dall'associazione, diretta verso finalità di tipo delittuoso⁶. È la stessa giustificazione data delle figure di istigazione, accordo e cospirazione a commettere delitti contro lo Stato, in considerazione della particolare entità dei beni oggetto della protezione, e del pericolo⁷.

Coerentemente con questa impostazione, il fatto dello associarsi è stato individuato nello (nella dimensione intellettuale formale dello) accordo fra più persone con una proiezione di stabilità e nella (della) adesione del singolo all'associazione (al programma di questa) e accettazione del medesimo da parte dell'associazione⁸.

La precedente impostazione, che costituisce – si può dire – un luogo comune presso la cultura penalistica, e che abbiamo visto risalire a Carrara, incontra una significativa contraddizione nel fatto che le figure delittuose associative vengano desunte, piuttosto, *ex post*,

6 V. per tutti G. A. De Francesco, Ratio di “garanzia” ed esigenze di “tutela” nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1982; Id., *Societas sceleris*. Tecniche repressive delle associazioni criminali, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1992; S. Moccia, *La perenne emergenza*. Tendenze autoritarie nel sistema penale, ESI, Napoli, 1995.

7 Vale per ora la pena di ricordare soltanto come Carrara, al termine del suo Programma del corso di diritto criminale, abbia ommesso di trattare la materia dei delitti politici, sotto il titolo «Perché non espongo questa classe», con la motivazione che questi delitti non siano riconducibili alla «tela di principi assoluti e costanti, attorno ai quali come carne sulle ossa si avvolge la dottrina del giure punitivo», e definiti, piuttosto che dalle «verità filosofiche», appunto razionali assolute e costanti, dalla «prevalenza dei partiti e delle forze» ovvero anche dalle «sorti di una battaglia», cioè dalla contingenza e mutevolezza della storia e delle vicende politiche. F. Carrara, *Programma*, Parte speciale, vol. VII, Tip. Giusti, Lucca, 1871, pp. 626 ss.

Nella riforma della legislazione criminale toscana del 1876 il granduca Pietro Leopoldo aveva deciso di abolire la categoria autonoma del delitto politico, che cioè non coincidesse con e qualificasse peculiarmente un delitto comune. Ma questa esperienza è rimasta unica nella storia.

8 V. per tutti G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, CEDAM, Padova, 1984, 5^a ed. aggiorn., 1997, pp. 86-87.

dai delitti realizzati, invero da un complesso di delitti realizzati, e dal collegamento di questi con una struttura di persone che ne è considerata organizzativa. Si parte dai delitti, li si collega con un insieme di persone e si ricostruisce – così, all’indietro – la dimensione organizzativa dell’associazione.

Questa obiezione, può dirsi, è di natura processuale. Ma una concezione penalistica che non tenga il confronto col processo non può essere considerata né utile né valida.

La stessa contraddizione, invero, può essere rilevata sul piano criminologico; e quindi l’obiezione si dimostra sostanziale. In generale, l’associazione delittuosa non nasce dalla dimensione intellettuale dell’accordo (e dei propositi) fra persone (comuni), ma bensì nasce e diviene – nei fatti – dalla, nella, durante e attraverso la, realizzazione di delitti, ad opera e fra più persone, inizialmente delle stesse persone, poi dall’adesione di altre, dalla divisione e riutilizzazione dei proventi dei delitti. C’è un momento in cui dei soggetti, delinquenti, sono percepibili come un’associazione, ovvero un’organizzazione, delittuosa. Rispetto a questa dinamica è specificamente funzionale la figura delittuosa associativa, autonoma.

La contraddizione rilevata è formale in relazione alla definizione dell’art. 416 *bis* c.p. (terzo comma): che «L’associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti» ecc.

L’avverbio “quando” significa qui “nel momento” e meglio “dal momento in cui”. La definizione presuppone dunque e qualifica l’attività delittuosa realizzata, con caratteristiche e diffusione tali, da aver determinato la situazione di condizionamento e controllo ambientale, di cui, appunto, gli associati “si avvalgono”. L’associazione mafiosa è stata per questo definita come il risultato della «trasformazione» ovvero evoluzione di fatto della comune associazione per delinquere⁹, come un delitto associativo «a struttura mista o complessa», per distinguerla

⁹ G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 1995, 2^a ed. aggiorn., 2008, pp. 111 ss.

dai delitti meramente associativi¹⁰. L'associazione i cui componenti dovessero compiere atti di violenza per esercitare l'intimidazione necessaria a realizzare le estorsioni costituirebbe un'associazione per delinquere e non ancora un'associazione di tipo mafioso.

Ma il problema così posto riguarda nei fatti qualsiasi delitto associativo.

Le precedenti obiezioni potrebbero valere in misura minore e comunque diversa con riferimento alle associazioni politiche, che presuppongono infatti una dimensione ideologica, preliminare rispetto al compimento di attività delittuose. E tuttavia anche per queste può dirsi che, in concreto, assumono rilevanza penalistica ovvero criminale, sia criminologica che processuale, attraverso e per effetto del compimento di delitti comuni.

La principale difformità dei delitti associativi, come dei delitti politici, rispetto ai principi generali del diritto e della responsabilità penale, riguarda le carenze di determinatezza delle relative nozioni di responsabilità¹¹.

È per questo che nel sistema americano corrisponde all'indirizzo consolidato della Corte suprema di ritenere incompatibile coi principi costituzionali la nozione di responsabilità per associazione ovvero organizzazione criminale¹². La figura anglosassone della *conspiracy* riguarda il singolo *crime* e viene concepita, prevista e teorizzata, come alternativa di anticipazione della soglia del tentativo, per i casi di preparazione da parte di una pluralità organizzativa di persone, data la pericolosità particolare di un simile modello.

In effetti, la funzione definita di anticipazione appare maggiormente concepibile, sia in termini di effettiva pericolosità che di possibilità probatorie, con riferimento al modello organizzativo, da

10 G. Spagnolo, op. cit., pp. 65 ss.

11 V. sopra la nota 7.

12 Un dato reciproco di questa esclusione riguarda peraltro, in quel sistema, la dilatazione, tuttavia non frequente, dei nessi di responsabilità dei singoli delitti a carico dei responsabili di un'organizzazione: sia dei capi dell'organizzazione criminale come pure, in certi momenti storici, dei responsabili di una manifestazione di protesta non autorizzata.

parte di una pluralità di persone, di un singolo delitto.

Sia detto qui tra parentesi, anche questa ragione ha influito sulla scelta del legislatore italiano del 1930 di modificare il criterio di definizione del delitto tentato, e di abbandonare il criterio napoleonico del principio di esecuzione: la condotta del singolo individuo diventa percepibile nella direzione delittuosa proprio nel principio di esecuzione ed è comunque suscettibile del mutamento della destinazione; la condotta (l'insieme delle condotte sinergiche) di una pluralità di persone è maggiormente percepibile nella direzione delittuosa anche prima e a prescindere dal principio di esecuzione ed è comunque meno suscettibile del mutamento della destinazione: perché le persone sono di più e perché se il singolo cambi idea può essere rimpiazzato ovvero può farsene a meno. Questa ricostruzione del nostro sistema trova conferma nel fatto che solo in questo codice è previsto in modo formale il criterio dell'art. 115, di non punibilità del mero accordo non (ancora) seguito dal reato: cioè come limite formale di esclusione della punibilità a titolo di tentativo. Entro questo schema può essere considerato dunque ricompreso quello anglosassone della *conspiracy*.

Con riferimento alla *conspiracy*, questa viene applicata in modo assolutamente difforme dalla funzione dichiarata di anticipazione. E in generale tutte le prassi giudiziarie fanno resistenza alla punibilità a titolo, diciamo genericamente, di accordo.

Nella prassi giudiziaria americana, in effetti, la *conspiracy* viene configurata non distintamente dai criteri di punibilità del delitto sia consumato sia tentato e svolge, piuttosto, le seguenti funzioni:

- a) Di aggravamento, e invero duplicazione, delle responsabilità del crimine consumato o tentato realizzato da un insieme organizzativo di persone.
- b) Di stimolo del patteggiamento, di tale configurazione da parte del *prosecutor* (il pubblico ministero), per cercare di ottenere la collaborazione dell'imputato, nei processi contro le formazioni criminali organizzate, nel sistema della discrezionalità dell'azione penale.
- c) Di definizione della responsabilità penale, per superare i precedenti in cui il giudice ha ritenuto la realizzazione

monosoggettiva (per es. di violazione delle cautele antinfortunistiche) rilevante dal punto di vista amministrativo ovvero civilistico, secondo l'argomento che il fatto è stato deciso concordemente da un insieme organizzativo di persone (per es. il consiglio d'amministrazione dell'azienda).

In tutte queste problematiche è evidentemente rilevante la dimensione organizzativa.

La funzione delle figure delittuose associative può essere definita di generalizzazione: di definizione della responsabilità personale per il contributo fornito alla struttura ovvero dimensione organizzativa di un'associazione diretta verso finalità, e che svolge un'attività, di tipo delittuoso, considerate in generale; ed è di distinzione: della responsabilità per il contributo all'esistenza e all'attività dell'associazione, considerate in generale, distintamente rispetto alla responsabilità dei singoli delitti che concorrono a costituire questa attività.

Questa funzione può essere definita altresì di interdizione, concreta e dinamica, dell'esistenza e dell'attività dell'associazione (considerate in generale e) nella fase stessa del loro svolgimento. Questa funzione (con cui sono coerenti le nozioni di "lotta" e di "contrasto", delle forme e dei fenomeni di criminalità organizzata) è difforme rispetto alla funzione definita ordinaria del diritto penale, di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto mediante la previsione della pena, confermata e rafforzata poi dall'applicazione ed esecuzione. Di questa funzione sono essenziali le misure di prevenzione, personali e soprattutto patrimoniali, e le misure di premialità della collaborazione con la giustizia e della dissociazione: queste misure servono infatti a disarticolare la dimensione organizzativa nelle componenti che ne sono essenziali delle relazioni interpersonali e delle risorse materiali e finanziarie.

La storia dei delitti politici è una storia di misure premiali della dissociazione e collaborazione con le Autorità; e nel codice napoleonico i più gravi crimini contro lo Stato erano puniti con la pena di morte e la confisca dei beni del condannato: per sottrarre alle formazioni esistenti risorse organizzative.

Argomenti che corroborano l'impostazione seguita in questa sede

possono essere ritenuti i seguenti. La funzione definita di anticipazione dovrebbe essere in linea di principio irrilevante e restare poi assorbita dalla realizzazione avvenuta dei delitti. Per ciò che riguarda la posizione del singolo nell'associazione, l'adesione formale non seguita poi mai da alcuna disponibilità concreta per le finalità dell'associazione dovrebbe rientrare nel criterio generale di non punibilità della desistenza. E al contrario la mancanza di adesione-e-accettazione formale a nulla può rilevare a escludere la responsabilità di colui che sia stato sempre disponibile per tutte le esigenze fatte valere nel tempo dai responsabili dell'associazione.

Altresì, le figure delittuose associative sono divenute presupposti e baricentri di veri e propri sotto-sistemi penali con elementi di marcata differenziazione: sotto i diversi profili sostanziali e processuali, delle sanzioni, delle misure di prevenzione e di premialità della (dissociazione e) collaborazione con la giustizia, delle strutture di coordinamento delle indagini, dei modi di acquisizione della prova, dei modi di esecuzione e delle alternative della pena detentiva.

3. I problemi della complessità e i contributi della teoria dell'organizzazione.

Un dato di fatto è che i delitti associativi, le responsabilità personali per essi, comportano enormi problemi, definatori, probatori e di argomentazione. Le carenze di tassatività e determinatezza di queste nozioni possono essere considerate corollari della complessità dei dati oggetto della considerazione: quindi, della definizione e della prova.

Questi problemi possono essere affrontati, e queste figure possono ricevere contenuti, di definizione, di prova e di argomentazione, attraversando la teoria dell'organizzazione, con il ricorso alle nozioni generali dell'organizzazione.

In tal modo affrontiamo e definiamo quello che può essere considerato un paradosso. Il sociologo Martinotti ha definito «l'organizzazione» come «la vera grande scoperta della specie umana

nel XX secolo»¹³, riferendosi alla dimensione organizzativa delle attività umane. Io più modestamente penso che la cultura e le nozioni dell'organizzazione costituiscano la dimensione culturale e le nozioni più importanti, e trasversali, della cultura mondiale degli ultimi cinquant'anni (su cui si possono collocare svariati premi Nobel delle più diverse discipline, dall'economia alla medicina alla chimica alla fisica): è certo assai significativo, in tal senso, che la voce *Organizzazione* (1980) dell'*Enciclopedia Einaudi* sia stata redatta da un fisico-chimico, Prigogine, insignito del premio Nobel per la chimica del 1977¹⁴. Nel modo precedente sono indicate e definite le facce rispettivamente reale e culturale della problematica dell'organizzazione. La problematica ovvero le caratteristiche la dimensione e le nozioni dell'organizzazione pervadono e attraversano in modo crescente e anzi esponenziale tutte le attività umane. Così anche le attività delittuose, ovviamente. È stato detto che la criminalità individuale può essere considerata ormai «un residuo folkloristico»¹⁵. Possiamo aggiungere che il rapporto fra ordinario e speciale del diritto penale si è di fatto rovesciato: nel senso che la dimensione reale prevalente delle attività penalistiche concerne forme comunque organizzate e organizzative; e che la priorità penalistica di questo inizio di terzo millennio può dirsi costituita proprio dalla definizione della criminalità organizzata. Ebbene: coloro che sanno di meno di teoria dell'organizzazione (che non conoscono l'autonomia l'evoluzione e la dimensione culturale di tale dottrina) sono i penalisti, compresi ovviamente coloro che si occupano professionalmente di criminalità organizzata.

Non sembri eccessiva o irriguardosa, meglio impertinente, quest'affermazione: tutta la dimensione giurisprudenziale (e dottrinale) attuale dei delitti associativi nel nostro Paese può essere collocata entro i limiti concettuali costituiti dall'accordo e dall'adesione-e-accettazione

13 G. Martinotti, Prefazione a M. Castells, *La nascita della società in rete*, 1996, 2000, trad. it., Università Bocconi Editore, 2002, 2003, p. XXVI.

14 I. Prigogine e I. Stengers, voce *Organizzazione*, in *Enc. Einaudi*, Torino, vol. X, 1980, pp. 178 ss. Degli stessi Autori v. anche le voci *Ordine/disordine* e *Sistema*, ivi, rispettivamente vol. X, cit., pp. 87 ss. e vol. XII, 1981, pp. 993 ss.

15 L. Violante, *Non è la piovra*. Dodici tesi sulle mafie italiane, Einaudi, Torino, 1994, p. 4.

personale e dalla causalità (del contributo costitutivo del concorso esterno). Andiamo avanti.

Quando è stato emanato l'art. 416 *bis* due obiezioni sollevate hanno riguardato la dimensione, in effetti, sociologica della mafia e l'argomento che il giudice deve applicare la legge, non deve lottare contro nessuno. Intanto, abbiamo visto che i delitti associativi hanno una forte impronta sociologica. Inoltre, possiamo osservare che tutta la sfera giuridica reale assume un'impronta progressivamente sociologica. E le nozioni di "lotta" e di "contrasto" contro le forme e i fenomeni di criminalità organizzata sono entrate nel linguaggio comune, anche nelle intitolazioni delle leggi.

Ferrajoli ha adottato l'immagine del "diritto penale del nemico". Secondo l'analisi di Ferrajoli, «La prima e più rilevante alterazione del modello classico della legalità penale nei processi dell'emergenza consiste nella *mutazione sostanzialistica* – indotta dal paradigma del "nemico" – di tutti e tre i momenti della tecnica punitiva» (ovvero la previsione penale, il processo e l'esecuzione della pena). «Questa mutazione colpisce innanzitutto la configurazione della fattispecie punibile. E si esprime in un'accentuata personalizzazione del diritto penale dell'emergenza, che è assai più un diritto penale *del reo* che un diritto penale *del reato*. Le figure di qualificazione penale che hanno consentito questa personalizzazione sono molte e svariate: i delitti associativi – banda armata, associazione sovversiva, insurrezione armata contro i poteri dello stato, associazione di stampo mafioso o camorristico –, la categoria del concorso morale e l'aggravante della "finalità di terrorismo" quale disvalore soggettivo dell'attività delittuosa: formule elastiche e polisense che si sono prestate, per la loro indeterminatezza empirica e le loro connotazioni soggettivistiche e valutative, ad essere usate come scatole vuote e a dare corpo a ipotesi sociologiche o a teoremi politico-storiografici, elaborati a partire dalla personalità degli imputati o da interpretazioni dietrologiche e complottistiche del fenomeno terroristico o mafioso. Il fatto, in queste figure normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica o ambientale dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto

poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di *status*, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o sostanzialmente antiggiuridica del suo autore. Ne è risultato un modello di antiggiuridicità sostanziale anziché formale o convenzionale, che sollecita indagini sui rei anziché sui reati, e che corrisponde a una vecchia e mai spenta tentazione totalitaria: la concezione ontologica – etica o naturalistica – del reato come male *quia peccatum* e non solo *quia prohibitum*, e l’idea che si debba punire non per *quel che si è fatto* ma per *quel che si è*¹⁶.

Secondo Ferrajoli il diritto penale deve essere legato al fatto nella sua (astratta) oggettività: «Ne consegue che per il diritto non devono esistere delinquenti politici ma solo delinquenti comuni: nel duplice senso che nessun fatto non contemplato come delitto comune dev’essere penalizzato in ragione esclusiva del suo carattere “oggettivamente politico” e nessun delitto dev’essere trattato diversamente dagli altri in ragione del carattere “soggettivamente politico” delle sue motivazioni. Sotto il primo profilo, ogni penalizzazione a titolo di delitto “politico” si risolve nella tutela eccessivamente anticipata di figure di pericolo astratto o presunto in contrasto con il principio di offensività, o anche, come accade nei delitti associativi, in una duplicazione della responsabilità penale già fatta valere per delitti comuni, come la detenzione o il porto di armi, gli atti di violenza commessi o tentati oppure il concorso nella loro commissione o progettazione. Sotto il secondo profilo è ingiustificata e pericolosamente arbitraria qualunque forma di discriminazione sulla base del tipo d’autore o delle motivazioni del fatto. Ciò non vuol dire, ovviamente, che la personalità dell’autore e le sue motivazioni politiche non debbano avere rilevanza sul piano dell’equità, cioè ai fini della comprensione della specificità del fatto e della valutazione della sua gravità. E neppure esclude che alle motivazioni politiche del delitto sia data rilevanza ai fini del divieto di estradizione o di quei provvedimenti per loro natura straordinari che sono le amnistie e gli indulti. Ciò che

16 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, 1990, pp. 858-859.

si esclude è solo che la natura “politica” del delitto possa giustificare la configurazione di fattispecie penali speciali o alterazioni legali della misura della pena o peggio procedure speciali o eccezionali».

«Lo stesso discorso vale ovviamente anche per le altre figure di delitti e di delinquenti speciali, parimenti riconducibili a complessive fenomenologie criminali – il brigantaggio, la mafia, la camorra – e per di più neppure caratterizzate da una specificità in astratto dei beni protetti. Anche l’espulsione dal diritto penale di simili tipologie d’autore risponde a una garanzia di certezza contro le perversioni sostanzialistiche e inquisitorie, nonché ad un’elementare esigenza di uguaglianza. Si tratta infatti di figure informate al paradigma costitutivo, e quindi contrarie al carattere esclusivamente regolativo che devono avere le norme penali. Naturalmente, anche in questi casi la natura mafiosa o camorristica di un delitto può essere considerata come un connotato particolarmente grave in sede di comprensione e di valutazione equitativa del fatto. Ma neppure in questi casi si giustificano figure di reato speciale, come è tipicamente, nel nostro ordinamento, l’associazione di tipo mafioso prevista dall’art. 416-*bis* del codice penale in luogo della normale associazione a delinquere. Anche la mafia, come il terrorismo, deve e può ben essere fronteggiata con i mezzi penali ordinari»¹⁷.

«Più in generale, una rifondazione garantista del diritto penale richiederebbe l’abbandono di ogni forma di disciplina speciale o d’eccezione per tipologie criminali, così come di tutti quegli istituti di diritto penale e processuale di polizia che come si è visto si sono affiancati al diritto penale ordinario, esorbitando dalle funzioni puramente ausiliarie che alla polizia dovrebbero competere. Ogni funzione punitiva o processuale della polizia che non sia puramente ausiliaria al processo penale mina infatti alle fondamenta la legittimità stessa del diritto penale: la quale, si è detto, ha come presupposto il monopolio penale e giudiziario della coercizione punitiva e il suo permanente esercizio, siccome tecnica di tutela dei beni e dei diritti fondamentali, nelle forme e con le regole che di tale coercizione

¹⁷ Ivi, pp. 871-872.

garantiscono la minimizzazione»¹⁸.

Una posizione antitetica rispetto a quella di Ferrajoli, che legittima le sue critiche, è di chi ha sostenuto che l'art. 416 *bis* abbia costituito, oggettivamente e nell'intenzione del legislatore, uno strumento di «semplificazione probatoria» in confronto alle difficoltà di applicazione dell'art. 416¹⁹. Al contrario, è la figura dell'art. 416 *bis* ad avere il contenuto di maggior consistenza²⁰. Può dirsi, certo, che l'introduzione dell'art. 416 *bis* ha costituito un'indicazione per l'interprete, di orientamento e stimolo per le indagini e per il giudizio. Ma soprattutto ha costituito una disciplina speciale per la repressione del fenomeno e delle forme di tipo mafioso.

Le difficoltà di prova dei delitti associativi, e l'ancoraggio alla dimensione formale dell'accordo, hanno esaltato la funzione dei collaboratori della giustizia, che certo non può essere sottovalutata, e che anzi è molto importante per disarticolare la struttura organizzativa, ma che va correlata con la definizione di contenuti che siano controvertibili nel processo. Se due o più pentiti dichiarano che un fatto avvenuto in un dato luogo e in un dato momento è stato realizzato da Tizio, questo soggetto chiamato in causa potrà ben dimostrare di essere stato in quel momento in un altro luogo: quale cioè che sia il livello di credibilità personale dei dichiaranti. Si tratta, infatti, dell'attribuzione di un fatto, che è vero o falso: e come tale controvertibile nel processo. Ma la dichiarazione che Tizio fa parte del Clan Tal dei Tali o è vicino al Clan, in mancanza della indicazione di contenuti ulteriori, non è, appunto, controvertibile: e allora il problema – che è in effetti di mancanza ovvero indeterminatezza del contenuto delle dichiarazioni – finisce per spostarsi sulla credibilità (dunque personale) dei collaboratori, e i riscontri delle loro dichiarazioni. Ma il problema è, giova ripetere, quello del contenuto della responsabilità, e quindi della prova, ovvero delle dichiarazioni probatorie, e della motivazione.

¹⁸ Ivi, pp. 872-873.

¹⁹ V. per esempio G. Di Lello Finuoli, Associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.) e problema probatorio, in Foro it., 1984.

²⁰ V. soprattutto in generale G. Spagnolo, op. cit.

La teoria e le nozioni dell'organizzazione possono arrecare grandi contributi in tali direzioni: riempiono di contenuto le nozioni di responsabilità per l'associazione, e il relativo oggetto della prova e della motivazione.

La storia della categoria del delitto politico è accompagnata dalle perplessità e dalle riserve circa le carenze di tassatività e determinatezza. Queste, come si è detto, possono essere considerate corollari della complessità dei dati oggetto della considerazione, e della rappresentazione normativa. La specificità del delitto politico – rispetto alle comuni nozioni delittuose – può essere rintracciata, altrettanto, nella dimensione organizzativa stabile di una pluralità di persone. E quindi i problemi indicati possono essere affrontati, altrettanto, in termini di (applicazione della) teoria dell'organizzazione.

La dimensione dell'organizzazione stabile può essere definita come terreno comune fra i delitti associativi e i delitti politici.

Queste problematiche non possono essere ridotte senz'altro alla dimensione penalistica delle comuni nozioni delittuose, eventualmente anche in termini di circostanze aggravanti, essenzialmente, perché presuppongono una dimensione organizzativa stabile, nella quale assumono rilevanza anche contributi di carattere non autonomamente delittuoso, oppure di entità singolarmente modestissima a prescindere dalla correlazione con la dimensione organizzativa stabile. In questa vengono valorizzati, anzi valorati, contributi che singolarmente sarebbero poco o nulla rilevanti, dal punto di vista penalistico, e che nella dimensione generale organizzativa assumono valenza peculiare. Inoltre, nella dimensione generale organizzativa, sbiadiscono, di per sé, ovvero sono poco percepibili, i nessi di responsabilità fra i singoli componenti e i singoli delitti: ma la correlazione è significativa nel suo complesso. L'analisi e le giustificazioni precedenti valgono, altrettanto, dal punto di vista sostanziale, della dimensione reale dei fenomeni e delle forme organizzate, e dal punto di vista probatorio.

Come vedremo, la problematica dell'accordo può e deve essere ricondotta entro quella dell'organizzazione, mentre la dimensione organizzativa, come quella concorsuale, non può essere ridotta senz'altro alla dimensione (formale) dell'accordo.

Alcune osservazioni generali sembrano opportune in relazione all'analisi di Ferrajoli.

La legislazione speciale non riguarda né solo né principalmente la lotta alla criminalità organizzata: è un fenomeno e una tendenza di carattere generale dell'ordinamento giuridico nella fase storica soprattutto a partire dalla metà degli anni settanta del secolo trascorso; la prima legge speciale importante di questa fase è stata lo statuto dei lavoratori e l'etichetta di "età della decodificazione" è stata usata da un civilista²¹.

Analogamente, la tendenza all'aumento del potere discrezionale del giudice è generale ed esponenziale degli ordinamenti giuridici dei Paesi più avanzati.

Non si può pensare, sotto questi profili, di fermare la storia o tornare indietro a utilizzare categorie e modelli proto-ottocenteschi. Non servono né dal punto di vista dell'efficienza del sistema né da quello delle garanzie del cittadino.

Da un canto, la lotta contro le forme e i fenomeni di criminalità organizzata deve costituire una priorità mondiale e non si può limitare alla dimostrazione del nesso fra il singolo delitto, ovvero la singola vittima, e il singolo autore. La lotta contro le forme e i fenomeni di criminalità organizzata richiede uno strumentario complessivamente ulteriore e sostanzialmente diverso rispetto a quello necessario a prevenire e reprimere singoli delitti di individui singoli.

D'altro canto, la problematica delle garanzie del cittadino deve essere concepita e implementata in termini molto più ampi e complessi di quanto non dica il riferimento alla forma della legge.

In termini generalissimi si tratta di governare la complessità con la cultura, la metodologia e gli strumenti della complessità.

La nozione di complessità è stata usata da un matematico americano, Warren Weaver, nel 1948, per esprimere l'analisi e i risultati dell'analisi multifattoriale e contestuale, in senso spaziale e temporale, quindi dinamica²².

21 N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

22 W. Weaver, *Science and Complexity*, in *American Scientist*, 1948. 36, pp. 536 ss.

Fra gli anni sessanta e settanta, due studiosi di diverse discipline, Ludwig von Bertalanffy e Niklas Luhmann, un biologo e psicologo austriaco e un sociologo tedesco, hanno posto le basi della ed elaborato la teoria generale dei sistemi: i sistemi viventi, von Bertalanffy²³, i sistemi sociali, Luhmann²⁴.

Von Bertalanffy ha ripreso la distinzione di Weaver fra complessità organizzata e complessità non organizzata, indicando rispettivamente la teoria dell'organizzazione e la teoria dei flussi. Queste nozioni vanno intese in modo tendenziale. Un flusso è una dinamica (un fenomeno) che incontra comunque elementi di organizzazione e in cui si realizzano dinamiche organizzative.

Sistema può essere definito in generale un insieme di elementi considerati in correlazione fra di loro e alla stregua di un contesto, spaziale e temporale.

Nelle scienze *hard* le nozioni di sistema e di organizzazione sono (usate come) sostanzialmente sovrapponibili: l'organizzazione della materia, l'organizzazione del sistema solare. Man mano che si passa verso le scienze della vita e soprattutto alle scienze sociali le nozioni tendono a differenziarsi: perché pesa di più la *biforcazione*.

Biforcazione è un concetto definito da Prigogine²⁵ a indicare la situazione di equiprobabilità di verificarsi di due o più eventi al verificarsi di un evento ovvero di condizioni date. La biforcazione più irriducibile scientificamente è la libertà di scelta dell'individuo, l'arbitrio.

Coase, premio Nobel per l'economia nel 1991, ha definito l'organizzazione come il trasferimento dentro l'impresa delle transazioni tipiche del mercato, e ha distinto l'organizzazione dall'organismo perché questo «funziona da solo» mentre quella è formata da «isole di

23 L. von Bertalanffy, *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno*, 1967, trad. it. ISEDI, Milano, 1971; *Teoria generale dei sistemi*, 1968, trad. it., ISEDI, Milano, 1971, Mondadori, Milano, 1983, 2004.

24 N. Luhmann, *Illuminismo sociologico*, 1970, trad. it., il Saggiatore, Milano, 1983, di cui v. soprattutto i saggi *Funzione e causalità*, del 1962, e *Metodo funzionale e teoria dei sistemi*, del 1964; *Stato di diritto e sistema sociale*, 1971, trad. it., Guida, Napoli, 1978; *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, 1984, trad. it., il Mulino, Bologna, 1990.

25 G. Nicolis e I. Prigogine, *La complessità. Esplorazioni nei nuovi campi della scienza*, 1987, trad. it., Einaudi, Torino, 1991.

potere cosciente», soggetti liberi di scelte²⁶.

L'organizzazione (in senso sociale) può essere definita in generale come la coordinazione dell'agire in vista della realizzazione di determinate finalità, per il compimento di una determinata attività. Nell'organizzazione i componenti sono garanti delle loro prestazioni sulle quali gli altri (componenti ed esterni) possono fare e fanno affidamento. L'organizzazione è costituita dalla correlazione fra i significati della garanzia e dell'affidamento in ordine alle prestazioni dei suoi componenti, dalla ricorsività fra le prestazioni dei singoli e della struttura. Questa correlazione può dipendere da impegni e accordi formali, non smentiti successivamente dai fatti; ma può dipendere anche dalla ripetizione e ricorsività delle prestazioni, corrispettive. Inoltre, dal fatto dell'affidamento, degli altri (interni ed esterni all'organizzazione) può bene desumersi l'esistenza della garanzia, in ordine alle prestazioni, dei soggetti che fanno parte dell'organizzazione.

L'organizzazione è una dinamica reale, un "fenomeno" (un "flusso"), e va tenuta distinta dall'organigramma: questo è la rappresentazione formale dell'organizzazione; l'organizzazione è costituita dalla effettività delle relazioni funzionali, fra i soggetti che la compongono e le loro prestazioni, corrispettive e sinergiche.

In qualunque dimensione complessa, le relazioni non sono rappresentabili in termini generali come "causali", ma bensì come "funzionali".

La causalità esprime le condizioni di necessità e sufficienza in ordine alla spiegazione di un avvenimento, della sua riproducibilità/evitabilità.

Funzione in matematica è la relazione di covariazione fra due grandezze (non due eventi). Per le altre scienze, funzione è il contributo di una parte a un tutto, valutato entro un contesto (spaziale e temporale, e relativo alla funzione del tutto, valutato cioè entro un contesto a sua volta più ampio, e così via). Questa è l'analisi dei sistemi, ovvero l'epistemologia della complessità, ovvero la teoria dell'organizzazione.

²⁶ R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, 1937, in *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, Bologna, 1995, 2^a ed., 2006, pp. 74-75.

La funzione è connotata di stabilità: della relazione; degli effetti; dell'analisi. La nozione di funzione riguarda l'analisi dei fenomeni.

In confronto alla causalità, la nozione di funzione esprime un contenuto più debole: non è determinante; ma è espressione di un'analisi più ricca, multifattoriale e contestuale (spazio-temporale), quindi dinamica.

Mentre la nozione di causalità è tendenzialmente de-contestuale, quella di funzione è fortemente e intrinsecamente contestuale. Per questo la sua dimensione di astrattezza e generalità non può essere qualitativa, ma solo matematica, cioè quella dei numeri (ovvero delle grandezze).

Nel diritto penale, il contributo del singolo nel concorso di persone nel reato non può essere valutato e argomentato in generale in termini causali: il palo nella rapina non è causale, eppure è rilevante. La rapina si può fare bene senza il palo, correndo maggiori rischi ed eventualmente dividendo il bottino in un minor numero di parti; e si può fare meglio con due pali, diminuendo i rischi e dividendo il bottino in un maggior numero di parti; ma una rapina più complicata può consentire un maggior bottino, etc. Questa è analisi del rapporto costi/benefici, teoria dell'organizzazione, e non c'entra nulla con l'analisi di tipo causale, con i bisogni conoscitivi e la problematica della causalità.

Il contributo di una parte a un tutto è valutabile nei termini generali della funzionalità, della parte rispetto al tutto²⁷: funzionale significa utile, che serve, e viene usato, per abbassare i costi, aumentare i benefici, accrescere le probabilità di conseguimento del risultato, perseguire e conseguire risultati di maggiore entità, ridurre i rischi.

Il contributo concorsuale non è riducibile senz'altro alla tematica dell'organizzazione²⁸, ovvero del modello organizzato, perché può avere rilevanza il contributo assolutamente non preventivato, né preventivabile, che tuttavia sia stato utile, alla realizzazione del reato:

27 Ho proposto questo approccio, e sviluppato questo schema, prima nel volume *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milano, 1999, 2^a ed., 2005, 3^a ed., 2009, poi in quello *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2003, 2^a ed., 2009.

28 G. Insolera, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1986; voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, pp. 459 ss.

l'aiuto dato da un passante all'autore e alla realizzazione del reato anziché alla vittima o alla polizia, per qualsivoglia motivo.

Il contributo di una parte a un tutto non è predefinibile astrattamente, ovvero non è tipizzabile (se non in termini di criterio, in relazione al quale tutto è misurabile: l'infinitamente grande come l'infinitamente piccolo): un contributo può essere di un numero infinito di modi o tipi possibili e, d'altronde, il contributo viene poi valorato dall'uso che ne fanno coloro che lo ricevono e lo utilizzano, il che è possibile a sua volta in un numero infinito di modi. La nozione di contributo è dunque biunivoca fra chi lo fornisce e chi lo riceve e lo utilizza, e va definita e considerata alla stregua del contesto in cui il contributo è inserito e collocato. Sotto entrambi i profili (di chi lo fornisce e di chi lo riceve e lo utilizza) la nozione è legata in concreto alla fantasia dei protagonisti: da essere, appunto, non pre-determinabile in termini astratti e generali; se non come criterio di valutazione e di misura.

Il contributo è nozione, sostanzialmente, senza soglia: si può contribuire ad un evento ovvero a un fenomeno anche ingente con un contributo di dimensioni piccolissime, e tuttavia rilevante.

La problematica dell'organizzazione ridefinisce, in effetti, e arricchisce, il terreno tradizionale, e le possibilità definitorie, degli strumenti penalistici.

Si pensi al contenuto dell'art. 304 c.p., dove è previsto e punito l'accordo fra più persone al fine di commettere un delitto contro lo Stato. Sono situazioni assolutamente diverse, penalisticamente incomparabili, quelle dell'accordo concepito e intervenuto fra persone comuni ovvero fra vertici politici e militari o di formazioni criminali: questi sono rappresentativi di dimensioni organizzative che possono essere mosse facilmente e velocemente; gli altri sono soltanto dei velleitari, od originali, che non costituiscono nessun pericolo e probabilmente hanno più bisogno dello psicologo che del diritto penale.

Sotto questi profili, suscitano perfino l'ilarità, dello studioso, le modifiche introdotte dal legislatore (anzi il Legislatore maiuscolo!) nel 2006 negli artt. 241 e 270 del nostro codice penale: la prima, che gli atti (di un singolo) diretti a sottoporre il territorio dello Stato o una

parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero, ovvero a menomare l'indipendenza o l'unità dello Stato, siano idonei in tal direzione; la seconda, che siano idonee le associazioni dirette a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato.

Dal punto di vista politico, ad avviso di chi scrive, può ritenersi non implicito nella e non compatibile con la democrazia e con l'assetto dello Stato di diritto la possibilità di manifestare idee di sovvertimento violento dell'ordinamento costituito, e di realizzare attività di propaganda e di proselitismo attorno a queste.

Dal punto di vista penalistico, non ha senso richiedere che gli atti del singolo siano idonei a sottoporre lo Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero, ovvero a menomare l'indipendenza o l'unità dello Stato. Tale direzione può assumere rilevanza solo nella sinergia fra le condotte di molte persone, organizzate in modo vieppiù, e particolarmente, complesso. Richiedere che le associazioni siano dirette e idonee a sovvertire gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato significa rendere la norma assolutamente inapplicabile, ... perfino ai talebani!

Quelli precedenti sono esempi di strumentario proto-ottocentesco (la causalità e l'idoneità riguardano la condotta di un autore nei confronti di una vittima) usati per delimitare norme – certo – problematiche e pericolose. Ma la strada non può essere questa.

La strada può essere quella della definizione dei contenuti, della prova e dell'argomentazione nei termini della teoria dell'organizzazione.

Con la teoria dell'organizzazione si può affrontare, parimenti, la problematica delle istituzioni e delle strutture di contrasto della criminalità.

In particolare, le garanzie devono essere, certo, quelle della legge, ma devono essere, anche, della professionalità, quindi della formazione e dell'aggiornamento, della collegialità dei giudici (abbiamo il g.u.p. monocratico!), della prova e della motivazione, della controvertibilità processuale, dei controlli, anche sociali, delle responsabilità, in primo

luogo del senso di responsabilità. In un certo senso, la garanzia migliore è costituita proprio dalla complessità stessa del sistema.

4. Profili definitori dell'organizzazione criminale.

L'organizzazione (associazione) criminale può essere definita dunque la struttura organizzativa stabile di un'attività di tipo delittuoso: dove sono essenziali la teoria e le nozioni generali dell'organizzazione e le normali tipologie delittuose, che costituiscono l'oggetto e lo scopo dell'organizzazione. Definitorie dal punto di vista criminale dell'organizzazione, ovvero dell'organizzazione criminale, sono le nozioni delittuose che possono essere considerate tipiche, costitutive dell'oggetto sociale, del modello organizzato di cui trattasi.

La partecipazione all'associazione delittuosa è costituita dalla relazione funzionale stabile con la struttura e l'attività dell'associazione, con la consapevolezza delle caratteristiche delittuose di questa.

Il concorso esterno è costituito dal contributo di utilità per l'organizzazione, con effetti di stabilità su questa (sull'esistenza e sull'attività dell'organizzazione): la cui dimensione di stabilità (funzionalità) concerne gli effetti della prestazione, e non necessariamente la prestazione medesima. Il trasporto di un carico di armi (kalashnikov) è un fatto singolo determinato che può avere effetti generali e duraturi e devastanti in favore della dimensione organizzativa criminale dell'associazione.

Per questo non si può chiedere ovvero stabilire in anticipo e in astratto se è più grave la partecipazione o il concorso esterno: la partecipazione può essere di modestissima entità; il concorso esterno può avere rilevanza ed effetti di enorme entità.

La differenza con il concorso nel singolo delitto è che questo richiede la funzionalità e la consapevolezza di contribuire alla causalità del singolo evento delittuoso determinato; mentre sia la partecipazione all'associazione che il concorso nel delitto associativo sono costituiti da nessi materiale e psicologico con l'esistenza e l'attività dell'associazione considerate generale, e dunque di per sé in termini generici.

Sia per il concorso di persone nel reato che per il delitto associativo (a titolo sia di partecipazione che di concorso esterno) sono sufficienti la disponibilità con la reciproca consapevolezza della disponibilità medesima, in quanto si possa dire che abbiano rafforzato (consolidato, implementato) il modello organizzativo.

Una differenza molto importante fra la partecipazione e il concorso esterno è che questo contributo deve essere negoziato, mentre le prestazioni del partecipe sono preventivate e preventivabili: è partecipe il soggetto le cui prestazioni sono preventivate e preventivabili; è concorrente l'autore del contributo, utile all'esistenza e all'attività dell'associazione, che deve essere negoziato, proprio in quanto il soggetto non è elemento della compagine organizzativa.

Il concorso esterno può essere costituito anche dall'impegno di determinate prestazioni in favore dell'associazione, da parte di chi può farvi fronte: impegno che come tale rafforza la dimensione organizzativa e la stabilità dell'associazione.

La nozione di funzione può essere considerata, in un certo senso, intermedia fra quelle di "causa" e di "scopo". Nella storia dei delitti politici e soprattutto associativi entrano ed escono le circostanze aggravanti: della finalità terroristica; della persona che fa parte dell'associazione (contrabbando, stupefacenti); che il delitto è stato realizzato avvalendosi delle condizioni dell'associazione mafiosa o per agevolare l'attività di questa.

Il soggetto risponde, dunque, del delitto, dell'aggravante, del delitto associativo. L'aggravante interferisce col delitto associativo.

Più rilevante della finalità terroristica è certo la funzionalità con il programma terroristico di un'associazione: che è costitutiva della partecipazione o del concorso esterno nel delitto associativo. La circostanza aggravante riguarda e qualifica il fatto autonomamente costitutivo di delitto. La partecipazione o il concorso esterno riguardano anche e sono costituiti anche da fatti che autonomamente, cioè a prescindere dalla relazione con la struttura organizzativa e attività dell'associazione, sarebbero penalmente irrilevanti.

La circostanza aggravante dell'art. 7 l. 203/1991, che il

delitto è stato realizzato avvalendosi dell'attività dell'associazione mafiosa ovvero per agevolare l'attività della stessa, è stata introdotta dal legislatore nella fase in cui era più controversa e anzi esclusa la configurabilità del concorso eventuale o esterno (materiale) nel delitto di associazione mafiosa. Questa circostanza occupa uno spazio semantico e concettuale che interferisce con quello della partecipazione ovvero del concorso esterno: la circostanza è autonoma per i fatti delittuosi realizzati avvalendosi dell'attività dell'associazione mafiosa, in cui cioè è l'estraneo che riceve il contributo dell'associazione mafiosa; la partecipazione e il concorso esterno riguardano anche i fatti non autonomamente delittuosi a prescindere dal collegamento con l'esistenza e l'attività dell'associazione. Per i fatti delittuosi realizzati a vantaggio dell'associazione il contenuto della circostanza è assolutamente sovrapponibile, e duplicativo, rispetto a quello del delitto associativo.

Un problema generale riguarda il fatto che una stessa organizzazione può essere riconducibile a diversi delitti associativi: così, per esempio, ai delitti di associazione per delinquere o di associazione di tipo mafioso, di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, di associazione terroristica. L'interferenza fra le responsabilità dei delitti, delle aggravanti e dei delitti associativi va considerata dal punto di vista sostanziale; processuale: delle indagini, delle strutture di collegamento e coordinamento; dell'esecuzione della pena e delle alternative alla detenzione; delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, ecc. I problemi sono altrettanto di efficienza e di (effettività delle) garanzie.

5. Per un approccio di carattere generale e sistematico alle forme e ai fenomeni di criminalità organizzata: il problema della sistematizzazione delle definizioni.

Nel mio libro del 1999²⁹ ho posto il problema di una definizione astratta e generale (in senso ovviamente penalistico) della criminalità

²⁹ Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative, cit., 1999, 2^a ed., 2005, 3^a ed., 2009.

organizzata, ovvero dell'organizzazione criminale, della considerazione di questa problematica come anche di parte generale del diritto penale: essenziale e preliminare per un approccio di carattere generale e sistematico alle forme e ai fenomeni di criminalità organizzata.

In primo luogo, va fatto rilevare come con la codificazione ottocentesca abbiano assunto dimensione astratta e generale, cioè di parte generale del diritto penale, le discipline del tentativo e del concorso di persone nel reato (della complicità nel codice napoleonico), che prima erano relative a specifiche ipotesi delittuose.

In secondo luogo, può essere considerato come le disposizioni degli artt. 302 e seguenti del nostro codice penale sono generali e comuni ai delitti contro lo Stato, di cui costituiscono le forme generali organizzative: istigazione, cospirazione mediante accordo e mediante associazione, banda armata, assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, casi di non punibilità.

In terzo luogo, nella globalizzazione occorre semplificare. Da un canto, il nostro apparato normativo di moltissime figure delittuose associative, con relative circostanze aggravanti e discipline variamente differenziate, non sarebbe, non dico compatibile, ma bensì comprensibile, anche da addetti ai lavori di Paesi e sistemi non distanti dal nostro. D'altro canto, nella globalizzazione i sistemi rigidi cederanno spazio a quelli flessibili³⁰: se consideriamo poi la potenza economica e politica di Paesi diversi dal nostro... per non fare nomi, gli Stati Uniti!

Ho suggerito così di definire l'organizzazione criminale con riferimento, da una parte, alla teoria e alle nozioni generali dell'organizzazione, d'altra parte, alle comuni nozioni delittuose (l'estorsione, la truffa, il traffico degli stupefacenti) che possono essere considerate tipiche (ovvero oggetto sociale) della struttura organizzativa stabile di cui si tratti. Entrambe le dimensioni sono suscettibili poi di dimensioni quantitative.

Dentro un'organizzazione stabile, diretta alla realizzazione di

³⁰ Ho posto questo problema e affrontato questo tema nel saggio *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale*, con riferimento particolare alla criminalità organizzata, pubblicato in questa *Rassegna*, 2004, n. 2, pp. 1-76.

una o più tipologie di delitti, costituita da una certa quantità di persone, operativa da un certo tempo, nel cui contesto siano stati realizzati una certa quantità di delitti, è definibile – come un cerchio concentrico più ristretto – un gruppo organizzativo di delitti più specifico: per es. un gruppo di fuoco, gruppo organizzato peculiare dentro l'organizzazione, di cui i protagonisti hanno una posizione peculiare dal punto di vista penalistico.

Agli ordini di grandezze così sommariamente indicati (tipologie e quantità dei delitti, dimensione organizzativa, durata nel tempo, tipo ed entità del ruolo ovvero del contributo personale) dovrebbe essere parametrata la pena per la responsabilità a titolo associativo, ovvero della relazione con una formazione criminale organizzata.

La mia opinione è che questo linguaggio, questo approccio, sono comprensibili dai giapponesi come dagli stessi americani: i quali, entrambi, possiedono le nozioni generali (della teoria) dell'organizzazione e le nozioni penalistiche comuni di omicidio, furto, estorsione, traffico di stupefacenti. Il problema di un approccio di carattere generale e sistematico alle forme di criminalità organizzata è stato posto per la prima volta in uno strumento giuridico formale nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata*, aperta alla firma nella Conferenza di Palermo del 2000. Vi sono posti i problemi delle definizioni generali di gruppo criminale organizzato e di reato di natura transnazionale, delle strutture ed attività di coordinamento e cooperazione internazionale per la prevenzione e repressione.

Lo strumento riguarda solo le organizzazioni che perseguono finalità economiche. L'esclusione del terrorismo ha una spiegazione politica, per evitare che diversamente molti Stati non avrebbero sottoscritto la Convenzione.

Secondo l'art. 2 della Convenzione³¹: «a) l'espressione “gruppo criminale organizzato” designa un gruppo strutturato, che esiste da un certo tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto con

³¹ La traduzione è mia dal testo francese. La Convenzione è stata redatta in molte lingue ma non in italiano.

lo scopo di commettere una o più infrazioni gravi o infrazioni stabilite conformemente alla presente Convenzione, per trarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»; «b) l'espressione "infrazione grave" designa una condotta che costituisce un'infrazione passibile di una pena privativa della libertà personale di cui il massimo non dev'essere inferiore a quattro anni o di una pena più elevata»; «c) l'espressione "gruppo strutturato" designa un gruppo che non si è costituito occasionalmente per commettere immediatamente un'infrazione e che non ha necessariamente dei ruoli formalmente stabiliti per i suoi membri, né continuità nella composizione ovvero una struttura elaborata».

Questo schema tiene conto e risulta sintetico delle esperienze delle figure delittuose associative, della figura anglosassone della *conspiracy*, delle modifiche in particolare avute dalla figura francese dell'*association de malfaiteurs*: in cui invero sono sintetizzate ovvero sovrapposte le altre due (le figure delittuose associative e la *conspiracy*).

Con la legge 81-82 del 2.2.1981 la figura (del codice ancora napoleonico) è diventata delittuosa ed è stata definita: «Chiunque avrà partecipato a un'associazione formata o a un'intesa stabilita in vista della preparazione, concretizzata da uno o più fatti materiali, d'uno o più crimini contro le persone o i beni, sarà punito con la prigione da cinque a dieci anni e ne potrà essere interdetto il soggiorno». La previsione del secondo comma di esclusione della punibilità per la rilevazione dell'esistenza dell'associazione o dell'intesa è stata circoscritta a chi abbia «permesso l'identificazione delle persone in questione».

La norma copre pure, perciò, lo spazio occupato nel sistema anglosassone dalla *conspiracy* e nel nostro sistema dalla disciplina generale del tentativo. Il riferimento alla preparazione di un solo crimine ha avuto giustificazione, fra l'altro, in relazione all'esigenza di repressione dei casi di coinvolgimento di estranei per la realizzazione di singoli fatti criminosi dell'attività delle organizzazioni criminali.

Nel nuovo codice del 1994, secondo il medesimo schema, è stato superato inoltre il riferimento originario del codice napoleonico alle tipologie dei crimini contro le persone o le proprietà, con quello (generale) di «uno o più crimini o di uno o più delitti» (però) di una

certa gravità, inizialmente quelli (i delitti) «puniti con la prigione fino a dieci anni»³². Questa misura della pena è stata stabilita per la stessa partecipazione all'associazione: per la prima volta la pena del delitto associativo è formalmente parametrata a quella dei (meno gravi fra i) delitti scopo e oggetto dell'associazione.

Secondo la previsione originaria dell'art. 450-1 (collocata, giova ripetere, fra i «Crimini e delitti contro lo Stato, la nazione e la pace pubblica»), «Costituisce un'associazione di malfattori qualsiasi gruppo formato o intesa stabilita in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, di uno o più crimini o di uno o più delitti puniti con la prigione fino a dieci anni». «La partecipazione a un'associazione di malfattori è punita fino a dieci anni di prigione e a un milione di franchi di ammenda».

Il riferimento alla materialità degli atti, in cui sia concretizzata la risoluzione fra più persone, è stato inserito parallelamente nella previsione del *Complot*, dell'art. 412-2, di commettere un *Attentat*, ovvero (art. 412-1) «uno o più atti di violenza di natura tale da mettere in pericolo le istituzioni della Repubblica o l'integrità del territorio nazionale».

Successivamente, con la legge n. 2001-420 del 15.5.2001, la previsione dell'art. 450-1 è stata così modificata: «Costituisce un'associazione di malfattori qualsiasi gruppo formato o intesa stabilita in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, di uno o più crimini o di uno o più delitti puniti con la prigione almeno fino a cinque anni». «Quando le infrazioni preparate sono crimini o delitti puniti con la prigione fino a dieci anni, la partecipazione a un'associazione di malfattori è punita fino a dieci anni di prigione e a 150.000 euro di ammenda». «Quando le infrazioni preparate sono delitti puniti con la prigione almeno fino a cinque anni, la partecipazione a un'associazione di malfattori è punita fino a cinque anni di prigione e a 75.000 euro di ammenda».

E' stato in tal modo definito e articolato un criterio di

³² Nel codice francese del 1994, va ricordato, sono stati eliminati tutti i minimi edittali; sono state eliminate le circostanze attenuanti; è stabilito il criterio dell'assorbimento delle pene di più crimini o delitti commessi entro la pena del più grave (la funzione d'interdizione del diritto penale).

corrispondenza della pena del delitto associativo con quella dei delitti scopo e oggetto dell'associazione.

Non ci interessano qui le altre modifiche introdotte anche successivamente nella legislazione francese. Ci premeva far rilevare alcune assonanze con le definizioni della Convenzione di Palermo e la tendenza, sostanzialmente, a far assumere alla problematica e alla disciplina dell'organizzazione dimensione di parte generale del diritto penale.

Nella Convenzione di Palermo la definizione del gruppo criminale organizzato riguarda dunque la preparazione o realizzazione di infrazioni³³ gravi, che sono quelle punite con la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, o di infrazioni stabilite conformemente alla presente Convenzione, cioè di riciclaggio, corruzione e intralcio alla giustizia.

Nell'art. 3 è definito il «Campo di applicazione» della Convenzione: *a)* alla prevenzione, alle investigazioni e all'esercizio dell'azione penale per le infrazioni stabilite conformemente alla Convenzione, vale a dire di partecipazione a un gruppo criminale organizzato, riciclaggio dei proventi del crimine, corruzione e intralcio alla giustizia; *b)* per le “infrazioni gravi”, secondo la definizione contenuta nell'art. 2 (punite con la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni) «quando queste infrazioni sono di natura transnazionale e vi è implicato un gruppo criminale organizzato».

Nel paragrafo 2 dell'art. 3 è definita l'“infrazione di natura transnazionale”: «*a)* è commessa in più di uno Stato; *b)* è commessa in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione e controllo avviene in un altro Stato; *c)* è commessa in uno Stato, ma in essa è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; *d)* è commessa in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato».

Nella legge 16.3.2006 n. 146, di ratifica ed esecuzione nel nostro ordinamento della Convenzione e dei relativi Protocolli, è riprodotta

³³ Il termine è *infraction* nel testo francese della Convenzione, *infraction pénale* nel codice e nell'ordinamento francesi, equivalente del nostro reato.

nell'art. 3 la precedente «Definizione di reato transnazionale», con la specificazione che vi è necessario il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, e inoltre è introdotta nell'art. 4 la «Circostanza aggravante» sottratta al bilanciamento che «Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà».

Per le infrazioni di cui agli artt. 5, 6, 8 e 23 della Convenzione, rispettivamente di partecipazione a un gruppo criminale organizzato, riciclaggio dei proventi del crimine, corruzione e intralcio alla giustizia, nell'art. 10 della medesima è stata prevista la responsabilità delle persone giuridiche, l'art. 11 riguarda le incriminazioni, il giudizio e le sanzioni, l'art. 12 riguarda il sequestro e la confisca dei beni che sono il prodotto, il profitto o il prezzo di queste infrazioni o di beni di valore corrispondente (confisca per equivalente), l'art. 13 riguarda la cooperazione internazionale ai fini di tale confisca.

Nella legge di ratifica, nell'art. 10 è stata stabilita la «Responsabilità amministrativa degli enti» per i reati transnazionali; nell'art. 11 è stata prevista la confisca per equivalente dei proventi dei medesimi reati, di cui il reo abbia la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, e la confisca obbligatoria di un importo pari al valore degli interessi o di altri vantaggi o compensi del delitto di usura; l'art. 12 riguarda le attività d'indagine ai fini di tale confisca; nell'art. 13 è stata stabilita l'attribuzione delle competenze per i reati transnazionali anche al procuratore distrettuale antimafia.

Alla Convenzione di Palermo sono annessi il *Protocollo rivolto a prevenire, reprimere e punire la tratta delle persone, in particolare delle donne e dei bambini*, il *Protocollo contro il traffico illecito di migranti per terra, aria e mare* e il *Protocollo contro la fabbricazione e il traffico illecito delle armi da fuoco, di loro parti, elementi e munizioni*, aventi dunque a oggetto attività tipiche delle forme di criminalità transnazionale organizzata e contenenti fra l'altro le definizioni di tutte le relative terminologie (che certo sarebbe interessante esaminare ma che non è possibile fare in questa sede).

PROFILI STORICI DEL LAVORO CARCERARIO

VINCENZO LAMONACA*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il lavoro dei carcerati nel diritto romano. 3. Segue: nel diritto intermedio. 4. Il lavoro carcerario nell'epoca moderna: il contributo delle prime economie precapitalistiche. 4.1. Segue: l'esperienza dei Paesi Bassi. 4.2. Segue: l'esperienza anglosassone. 4.3. Segue: l'esperienza statunitense. 5. Il lavoro dei carcerati nell'Italia preunitaria. 6. La disciplina del lavoro dei detenuti nel Regno d'Italia. 7. Il lavoro dei detenuti nel XX secolo: dalla regolamentazione fascista al nuovo Ordinamento Penitenziario. 8. Il lavoro carcerario nel nuovo Ordinamento Penitenziario. 9. Osservazioni conclusive: la riconquista della "provincia del lavoro carcerario" da parte dei giuslavoristi?

1. Premessa

La centralità del lavoro nel nostro ordinamento giuridico è nota¹ ed altrettanto nota è l'importanza ad esso assegnata dall'ordinamento penitenziario, che ha cercato di "depurarlo" dalle scorie penalistiche, passando dal lavoro-obbligo al lavoro-diritto di cittadinanza, in modo più conforme al dato costituzionale.

Di conseguenza, dal punto di vista metodologico, non ci si può che collocare nel solco già battuto da quella dottrina² che ha fornito un contributo significativo al completamento di quell'«album pieno a metà di fotografie ingiallite e sepolto da tempo nel cassetto»³, rappresentato

* Dottore di ricerca in diritto del lavoro nell'Università degli Studi "Aldo Moro" di Bari e Commissario Penitenziario. La presente pubblicazione ha natura assolutamente personale e non impegnativa per la P.A. di appartenenza.

1 V. C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pp. 148 ss.; G.F. Mancini, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Pol. dir.*, 1973, pp. 691 ss.; C. Mortati, *Sub art. 1*, A. Barbera, *Sub art. 2*, U. Romagnoli, *Sub art. 3, 2° comma*, tutti in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali (Art. 1-12)*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975.

2 D. Garofalo, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Bari, Cacucci, 2004.

3 G.F. Mancini, *op. cit.*, p. 687.

dalla letteratura giuridica sul diritto al lavoro, attese la controversa titolarità da parte della persona detenuta, anche per la presenza dell'obbligo di lavoro, «odioso travestimento del lavoro forzato di così raccapricciante memoria»⁴.

Dunque, obiettivo del presente contributo è offrire un sostegno storico-ricostruttivo alla tesi già altrove avanzata dell'esistenza di un diritto al lavoro in ambito penitenziario, alternativo all'obbligo di lavoro per i condannati⁵, poiché, come evidenziato dalla dottrina più adusa alla ricerca storica in ambito lavoristico, «gli obiettivi in vista dei quali il giurista si fa storico della propria materia, sono funzionali a supportare convinzioni giuridiche o anche specifiche opzioni di politica del diritto»⁶.

1. Il lavoro dei carcerati nel diritto romano

Il legame tra lavoro e carcere è profondo e decisamente risalente⁷, potendosene rinvenire tracce sia nell'antica Grecia⁸, sia sotto il dominio romano⁹, dove frequenti erano le condanne al lavoro forzato¹⁰.

4 P. Giordano, *In margine ad un convegno sulla riforma delle pene (con riferimento al lavoro carcerario)*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, pp. 327 ss., p. 332; adesivamente G. Tranchina, *Vecchio e nuovo a proposito del lavoro penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, pp. 143 ss., p. 149.

5 Sul punto sia consentito il rinvio a V. Lamonaca, *Il lavoro dei detenuti: obbligo vs. diritto*, in *Rass. penit. crim.*, 2009, n. 2, pp. 49 ss. ed alla dottrina ivi citata.

6 Così L. Castelvetti, *La funzione delle note nei saggi di storiografia giuridica*, in Aa.Vv., *Tecnica e politica delle citazioni*, Atti del IV° dei «seminari di Bertinoro: dialoghi di diritto del lavoro tra cielo e mare», 17 ottobre 2008, in *Quad. Arg. dir. lav.*, n. 9, 2009, pp. 51 ss., spec. p. 54.

7 V. F. Carfora, (voce) *Lavori forzati*, in *Dig. It.*, XIV, Torino, Utet, 1902-1905, pp. 55 ss.; G. D'Aniello, *Il lavoro carcerario nella tutela corporativa*, in *Riv. dir. penit.*, 1935, pp. 854 ss.; G. Tranchina, *op. cit.*

8 A. Parente, *La chiesa in carcere*, Roma, Ministero della Giustizia, 2007, pp. 21 ss.

9 Sul lavoro in generale nell'antica Roma cfr. F.M. De Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, Adriatica Editrice, 1963; v. anche D. Napoletano, *Il lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 4 ss.

10 Sul collegamento tra condizione servile e lavoro dagli antichi egizi in poi v. G. Lefranc, *Storia del lavoro e dei lavoratori*, Milano, Jaca Book, 1978, pp. 62 ss.; più recentemente, R. Scognamiglio, *Il lavoro carcerario*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pp. 15 ss., spec. p. 16. Sull'incompatibilità tra libertà e lavoro, a servizio di un altro individuo nell'antichità, v. F.M. De Robertis (*I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 3 – 8; *Idem, Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, cit., pp. 21 ss.), che evidenzia come il disprezzo del lavoro in epoca romana fosse tipico del periodo classico e del c.d. ambiente aulico (esaltazione del c.d. *otium cum dignitate*), mentre nel c.d. ambiente volgare ed in età post-classica si assiste al recupero del valore etico-sociale del lavoro.

È evidente come questo fosse profondamente diverso dall'attività lavorativa risocializzante, elemento fondamentale del trattamento rieducativo, offerto ai detenuti ai sensi dell'O.P., potendo invece essere inquadrato a pieno titolo tra le sanzioni del diritto "penale" romano. Infatti, all'interno dell'ampia e variopinta gamma di pene criminali, presenti specialmente in epoca imperiale¹¹, numerose erano quelle intimamente correlate al lavoro (forzato) e tra loro interconnesse per il caso di "evasione" del condannato¹².

Queste, pur non privando il reo della propria vita, la ponevano seriamente a rischio, si pensi alla *damnatio in metallum* (condanna ai lavori forzati nelle miniere)¹³, alla *damnatio in opus metalli* (condanna ai servizi delle miniere), all'internamento nelle scuole di gladiatori (*ludus gladiatorius*), ovvero ad altre sanzioni, pur meno gravi, ma comunque accessorie a queste, come la *damnatio in ministerium metallicorum*, della cui fatica non si hanno dubbi¹⁴. Meno affittiva, ma comunque "penosa" era la *damnatio in opus publicum* (condanna all'esecuzione coattiva di opere pubbliche o presso le miniere pubbliche)¹⁵, che poteva essere temporanea o perpetua, implicando in quest'ultimo caso la perdita della cittadinanza romana¹⁶.

11 Cfr. U. Brasiello, *Pena (diritto romano)*, in *N.D.I.*, 1965, XII, pp. 808 ss., p. 813; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990, 2a ed., p. 445, nota 124.

12 A. Lovato (*Il carcere nel diritto penale romano: dai Severi a Giustiniano*, Bari, Cacucci, 1994, pp. 140 e 144) afferma che, ad esempio, «i *refugae ex opere metalli*, cioè coloro che evadavano dalla pena dell'*opus metalli*, erano condannati al *metallum*, puniti perciò in maniera più grave»; la sottrazione dalla pena del *metallum* avrebbe provocato la messa a morte del condannato.

13 L. Ferrajoli (*op. cit.*, p. 445, nota 124) evidenzia come la pena della *damnatio in metallum* fosse applicata ai c.d. *humiliores* (cioè ai ceti intermedi), mentre per gli *honestiores* era irrogata la *deportatio in insulam* (D. 48.19.38.5). La *damnatio*, oltre che capitale e perpetua, «era di solito preceduta dalla flagellazione, dal marchio e talora dalla mutilazione di un occhio o del tendine di un piede», rappresentando la pena più prossima a quella di morte (cfr. R. Rustia, *Il lavoro del detenuto*, in *Giur. merito*, 1973, IV, pp. 73 ss., spec. nota 3).

14 Per «*metalla*» si devono intendere le miniere dell'Imperatore; di conseguenza, la *damnatio ad metalla* implicava l'acquisizione dello *status* di *servus Caesaris*. Una volta realizzata, però, la distinzione tra il fisco e il patrimonio privato del principe, costoro erano considerati (probabilmente sotto Antonino Pio) *servi non Caesaris, sed poenae* (U. Brasiello, *op. cit.*, p. 813).

15 Una originale interpretazione del passo Ulpiano (Ulpiano - D. 48.19.8.9-10- de off. proc.) più noto in materia di esecuzione penale è formulata da A. Lovato (*op. cit.*, p. 141), secondo il quale in assenza di lavoro coatto il condannato avrebbe trascorso il tempo (di lavoro) in luogo chiuso e custodito, e cioè, il carcere.

16 La pena dell'*opus publicum*, oltre ad essere impiegata in epoca romana, trovava utilizzazione anche durante il Medioevo, quando gli Stati minori ed i Municipi disponevano dei prigionieri in modo

L'irrogazione di queste pene, introdotte sotto il dominio di Tiberio¹⁷, produceva una vera e propria *capitis deminutio* del reo¹⁸, per la sua condizione di «servo della pena» (*servus poenae*)¹⁹, privandolo dei suoi beni, di ogni capacità giuridica (compresa quella testamentaria) e provocando lo scioglimento *ipso iure* del vincolo coniugale²⁰.

Ulteriore sanzione pubblica, non meno grave rispetto a quelle già esaminate ed implicantil lavoro coatto, era l'*ergastulum*. Presente già sotto i greci (*ergastérion*), si configurava come generico luogo di lavoro, bottega, laboratorio, officina, fabbrica; con riferimento al periodo di dominazione romana (*ergastulum* – termine che mantiene la radice greca, mutando la sola desinenza), invece, va distinto l'*ergastulum* degli schiavi, da quello riservato agli uomini liberi, sebbene di vile condizione, atteso che per i primi la pena si traduceva nella destinazione del reo ai lavori forzati in catene, punendosi così i servi che ad arbitrio del proprietario fossero ritenuti «infigardi o infedeli o facinorosi, secondo i casi, e incorreggibili»²¹. Quanto ai secondi, la funzione della sanzione è stata evidenziata in alcune costituzioni di età imperiale²² e non attiene al tema trattato, riguardando maggiormente la storia del costume.

L'elemento che accomunava l'ergastolo, in epoca greca e romana, era la perfetta sovrapposizione della sanzione criminale al concetto di «destinazione ad un luogo di lavoro», secondo un'idea che sarà accolta anche molto tempo dopo²³.

analogo a quanto previsto per il lavoro sulle galere (G. Rusche – O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 125). Riteneva, invece, che la condanna in questione non privasse il condannato della capacità giuridica, U. Brasiello, *op. cit.*, p. 813.

17 V. R. Rustia, *op. cit.*, p. 73, nota 3.

18 V. L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 445, nota 124.

19 La condizione di «*servus poenae*» era una conseguenza della pena e secondo U. Brasiello (*op. cit.*, p. 813) sorgeva nelle ipotesi di *damnatio ad metallum*, perché l'imperatore volle spogliarsi della proprietà dei condannati o forse quando il Fisco, sorto come cassa imperiale, assunse figura autonoma. Questa posizione di incapacità successivamente colpiva tutti coloro ai quali era irrogata la condanna a morte *extra ordinem*, facendoli divenire «*servi sine domino*». Sul punto v. A. Lovato (*op. cit.*, pp. 72 – 73), che evidenzia come la condanna *ad metallum* o all'*opus metalli*, o anche al *ludus venatorius* implicasse lo status di *servus poenae* e di privazione della proprietà dello schiavo al precedente proprietario; per l'effetto, in caso di grazia non sarebbe stato ricostituito il rapporto di proprietà.

20 B. Santalucia, (voce) *Pena criminale (dir. rom.)*, in *E.D.*, 1982, XXXII, pp. 734 ss., p. 738.

21 V. P. Fiorelli, (voce) *Ergastolo (premessa storica)*, in *E.D.*, XV, 1966, pp. 223 ss.

22 Trattasi di una costituzione di Costantino del 319 d.c. (C. Th. 9, 40, 3) e di una di Graziano e Teodosio del 380 d.c. (C. Th. 7, 13, 8).

23 Cfr. S. Merli (*Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale*, Firenze, La Nuova Italia, 1972, pp. 10 ss.), che parla di «ergastoli dell'industria».

2. *Segue: nel diritto intermedio*

Come si può notare, la sanzione detentiva, nella moderna accezione di privazione della sola libertà personale, non faceva parte del patrimonio giuridico del diritto tanto romano, quanto intermedio²⁴, dove la funzione del carcere non era punitiva, ma solo custodiale²⁵ e inquisitoria²⁶, atteso che «*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*»²⁷, salvo a non accedere ad una diversa interpretazione del passo Ulpiano²⁸.

Il Medioevo, diversamente dall'epoca imperiale, prediligeva le condanne esemplari e spettacolari, piuttosto che i lavori forzati²⁹, anche per l'assenza di un'efficiente organizzazione statale a cui potessero tornare di qualche utilità³⁰.

Solo durante il Rinascimento si iniziò a recuperare la sanzione criminale del lavoro coatto, specie nella forma della condanna al remo o alle galere³¹ e secondo taluni anche della deportazione presso le colonie³².

È durante l'epoca moderna che si assiste al passaggio dallo «splendore

24 V. U. Brasiello, *op. cit.*, p. 813; G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 123 ss.; L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 387.

25 Cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 1976, p. 129; D. Melossi – M. Pavarini, *Introduzione*, in *Idem* (a cura di), *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario [XVI – XIX secolo]*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 19 ss., spec. p. 21; L. Daga, (voce) *Sistemi penitenziari*, in *E.D.*, 1990, XLII, pp. 752 ss., spec. p. 753.

26 G. Diurni, (voce) *Pena criminale (dir. interm.)*, in *E.D.*, 1982, XXXII, pp. 752 ss., p. 759.

27 Ulpiano - D. 48.19.8.9-10- de off. proc.

28 È quanto prospetta A. Lovato (*op. cit.*, pp. 128 ss.), secondo il quale la traduzione del brano di Ulpiano, sarebbe la seguente: «i presidi sono soliti condannare coloro che devono essere rinchiusi in carcere», ricorrendo all'accezione di *continere* nel senso di custodire qualcuno in un dato luogo.

29 Invero, secondo R. Rustia (*op. cit.*, p. 73, nota 5), l'abbinamento lavoro–carcere si rinviene anche durante il Medio Evo, solo che le attività svolte dai detenuti appaiono assolutamente inutili e vespatorie, si pensi al *tread mill* (ruota da muoversi con i piedi), allo *shot drill* (trasporto di palle di cannone da destra a sinistra e viceversa), al *crank* (girare per ore e ore una manovella), oppure alla *stone breaking* (spaccare e pietre).

30 Evidenza come nelle costituzioni federiciane del 1231 per il Regno di Sicilia esistessero altre forme di lavoro coatto P. Fiorelli, *op. cit.*, p. 224.

31 Sul tema v. R. Canosa – I. Colonnello, *Storia del carcere in Italia: dalla fine del cinquecento all'unità*, Roma, Sapere 2000, 1984, pp. 161 ss. Sul nesso tra queste condanne e la necessità di reperire la relativa forza-lavoro v. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 111 ss., spec. pp. 117 – 118; A. Parente, *op. cit.*, pp. 31 e 62, nota 24.

32 Secondo G. Rusche – O. Kirchheimer (*op. cit.*, pp. 118 ss.) questa sanzione si fondava sul bisogno di forza lavoro.

dei supplizi» alla sanzione detentiva³³, unitamente all'esplosione del fenomeno lavorativo, rievocandosi concetti antichi come quello di lavoro pubblico forzato³⁴, o addirittura di ergastolo, per indicare il luogo di pena, lo stabilimento destinato alla reclusione dei rei³⁵.

L'istituzione carceraria in sè, quindi, non era ignota né in epoca romana (si pensi al Carcere Mamertino), né durante il Medioevo (si pensi alle varie segrete presenti in tutti i castelli dell'epoca): ciò che la realtà feudale ignorava era la pena della privazione della libertà e non il carcere come organizzazione segregante³⁶; tuttavia, il carcere comincia a trasformarsi in pena proprio in quest'ultimo periodo storico, sorgendo nell'alto Medioevo ad opera delle corporazioni monastiche, per la sua specifica idoneità alle funzioni penitenziali e correzionali, destinandolo ai chierici autori di infrazioni canoniche particolarmente rilevanti³⁷.

3. Il lavoro carcerario nell'epoca moderna: il contributo delle prime economie precapitalistiche

La nascita, invece, del carcere come istituzione totale deputata al controllo sociale³⁸ e allo stesso tempo punizione in sé³⁹, perpetua o

33 Cfr. M. Foucault, *op. cit.*, pp. 35 ss.; *contra*, R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, p. 24.

34 Sulla vita dei prigionieri v. M. Foucault, *op. cit.*, pp. 119 e 282 ss.

35 In questo senso parla più volte di «ergastolo» la *Constitutio criminalis Theresiana* del 1768 (art. 7), mentre l'«ergastolo» di Pizzighettone, istituito nel 1782, è oggetto di due interessanti consulte di Cesare Beccaria, come rammenta P. Fiorelli, *op. cit.*, p. 224.

36 V. D. Melossi – M. Pavarini, *Introduzione*, cit., p. 21. Sulla destinazione del carcere nel Cinquecento per prevalente finalità di *captura* v. R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, p. 24.

37 La detenzione canonica poteva sostanziarsi nella semplice reclusione in monastero, in cella o nella prigione vescovile e caratterizzarsi anche per la privazione della libertà accompagnata da sofferenze di tipo fisico, o dall'isolamento cellulare e dall'obbligo del silenzio, secondo l'adattamento della pena alla struttura conventuale. Giova precisare, comunque, che il regime penitenziario canonico ha ignorato completamente il lavoro carcerario come forma possibile di esecuzione penale, mentre si deve a questa forma di limitazione della libertà l'individuazione del ravvedimento come scopo ideale della pena. Sul tema v. D. Melossi – M. Pavarini, *Introduzione*, cit., p. 24; R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 25 ss. e A. Parente, *op. cit.*, pp. 42 ss., spec. pp. 54 ss.

38 Cfr. E. Goffman, *Asylums*, Torino, Einaudi, 1968, introduzione, § 2, che ascrive il carcere a quel tipo di istituzioni totali, aventi la funzione di «proteggere la società da ciò che si rivela come un pericolo intenzionale nei suoi confronti, nel qual caso il benessere delle persone segregate non risulta la finalità immediata dell'istituzione che li segrega»; *adde* G. Di Gennaro, *Il trattamento penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., pp. 98 ss. Sul controllo sociale, v. G. Mosconi, *Oltre i limiti del controllo sociale*, in *Idem*, *Dentro il carcere, oltre la pena*, Padova, Cedam, 1998, pp. 33 ss., ed ivi riferimenti bibliografici.

39 Sulle funzioni (afflittiva, ma non solo) delle istituzioni penitenziarie dal XVI al XVIII sec. v. G.

temporanea, avviene tra il XVI e il XVII secolo con l'affermazione degli Stati - Nazione⁴⁰. Solitamente, quando si affronta il tema della genesi del moderno penitenziario, la dogmatica più accreditata accosta ad esso quello della nascita della fabbrica, tanto da far apparire i termini "carcere" e "fabbrica" come binomio pressoché inscindibile⁴¹, specie da un punto di vista concettuale⁴². Tale accostamento potrebbe apparire corretto durante la prima fase di sviluppo del capitalismo, risultando però inappropriato successivamente, specie con riferimento alla realtà italiana, caratterizzata da un processo di industrializzazione sui generis⁴³.

Neppi Modona, *Presentazione*, in D. Melossi – M. Pavarini (a cura di), *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario [XVI – XIX secolo]*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 7 ss., spec. p. 10.

40 V. P. Fiorelli, *op. cit.*; G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Vol. V, t. 2, Torino, Einaudi, 1973, pp. 1903 ss., spec. pp. 1907 ss.; D. Melossi, *Il lavoro in carcere: alcune osservazioni storiche*, in M. Cappelletto – A. Lombroso (a cura di), *Carcere e società*, Venezia, Marsilio, 1976, pp. 135 ss.; L. Daga, *(voce) Sistemi penitenziari*, cit., p. 753.

41 In merito v. M. Pavarini (*L'era jacksoniana. Sviluppo economico, marginalità e politica del controllo sociale*, in D. Melossi – M. Pavarini (a cura di), *Carcere e fabbrica*, cit., pp. 143 ss., spec. p. 183), specie con riferimento a quanto storicamente avvenuto negli Stati Uniti; in argomento si rinvia alle riflessioni di M. Ignatieff, *Le origini del penitenziario*, Milano, Mondadori, 1982, *passim*, secondo il quale «L'ordine che vi era applicato (al carcere n.d.a.) era quello introdotto nell'industria». Scetticismo sulla possibilità che il carcere possa divenire un luogo di produzione viene manifestato da L. Daga [(*voce) Sistemi penitenziari*, cit., p. 757], che vede l'assoluta contraddizione tra prigione e ogni forma di produzione. Questa riflessione si rinviene ancor prima in E. Goffman (*op. cit.*, pp. 39-40), che nega a tal proposito l'utilità di qualunque incentivo al lavoro carcerario, non avendo «il significato strutturale che ha nel mondo esterno».

42 M. Pavarini (*Conclusioni: ragione contrattuale e necessità disciplinare all'origine della pena privativa della libertà*, in D. Melossi – M. Pavarini (a cura di), *Carcere e fabbrica*, cit., pp. 239 ss., spec. pp. 244 ss.) accosta non solo carcere e fabbrica, ma anche i concetti di «ragione contrattuale»-«necessità disciplinare della pena» da una parte, e «contratto di lavoro»-«subordinazione operaia» dall'altra parte. Infatti, si pensi alla libertà contrattuale e alla subordinazione (ovviamente, tecnico – funzionale n.d.s.), dal punto di vista lavoristico, contrapposta alla libertà del cittadino, che viene ristretto e all'istituzione carceraria che poi ne limita la libertà medesima; alla "deducibilità" fisica del lavoratore nell'oggetto del rapporto di lavoro, al pari della disponibilità che ha l'autorità penitenziaria in ambito disciplinare; alla presenza di una parte sostanzialmente più forte dell'altra nel contratto di lavoro, con la creazione di un rapporto praticamente "verticalizzato" come accade in ambito penitenziario tra autorità e recluso; alla subordinazione, presente in entrambi gli ambienti, determinata dal contratto di lavoro, da un lato, dalla pena-retribuzione dall'altro; alla subordinazione come alienità dai/dei mezzi di produzione, ovvero, a livello penitenziario, come espropriazione (anche) dal/del proprio corpo; alla privazione di parte della propria libertà, del proprio tempo, come oggetto della pena, ma che è anche sostanzialmente la sostanza del contratto di lavoro; al lavoro visto come sofferenza, ma anche alla pena che si modella sul paradigma manifatturiero; al lavoro subordinato come esempio di coazione e alla pena come forma massima di tale costrizione; al rapporto proporzionale tra penosità del lavoro e subordinazione, ma anche al fatto che la pena è il grado massimo di subordinazione di un uomo ad un soggetto giuridico; alla rilevanza del momento istituzionale, cioè, dell'ingresso del soggetto nelle strutture, con il suo coinvolgimento nei meccanismi che la regolano; alla circostanza che per molti operai la fabbrica è come un carcere, ma può anche valere il contrario per molti detenuti.

43 Così G. Neppi Modona, *Presentazione*, cit., p. 14.

In pratica, specie secondo la dottrina marxista⁴⁴, sono state le necessità disciplinari del proto-capitalismo a dare la stura alle pratiche punitive di tipo segregativo⁴⁵, nella speranza di riuscire ad asservire al nascente sistema borghese quella parte della popolazione, specie di origine contadina, particolarmente restia all'accettazione dei mutamenti socio-economici del processo di accumulazione originaria, delle tecniche di socializzazione forzata.

La prima forma del moderno penitenziario può essere considerata diretta discendente non tanto del carcere preventivo⁴⁶, quanto della c.d. «casa di lavoro»⁴⁷, atteso che l'ontologico correzionalismo di quest'ultima istituzione trova proprio nel lavoro (forzato) lo strumento elettivo per piegare alla volontà della nascente borghesia una forza lavoro altrimenti ribelle⁴⁸, con l'effetto di abbinare finalità rieducativa e profitto⁴⁹.

L'«industrializzazione delle carceri» provoca una torsione del concetto di rieducazione, mutandosi il paradigma del cittadino-modello, che da lavoratore-manifatturiero, diventa «l'operaio, il lavoratore disciplinato e subordinato della/per la fabbrica»⁵⁰. Ulteriore aspetto del legame tra carcere e fabbrica (recte, lavoro) è quello relativo all'edilizia penitenziaria e all'utilizzazione degli spazi interni, anche in funzione educativa⁵¹, e quindi dello sviluppo delle attività lavorative.

Vari sono stati i modelli sperimentati progressivamente per meglio ottimizzare il rapporto tra carcere e lavoro ed ogni Paese ha fornito il proprio contributo in materia, in termini sia di idee, sia di sperimentazioni.

44 Per una breve rassegna delle opinioni filo marxiste sull'origine del moderno sistema penitenziario e sulla collocazione del lavoro dei detenuti al suo interno v. R. Ciccotti – F. Pittau, *Il lavoro in carcere*, Milano, Franco Angeli, 1987, pp. 35 ss. Con riferimento all'orientamento marxista sulla risocializzazione, v. E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 291.

45 G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, p. 71.

46 Cfr. M. Pavarini, *La pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, n. 1, pp. 1 ss., p. 9.

47 Sulla nascita in Europa delle Case di lavoro (per cui *infra*) v. D. Melossi, *Il lavoro in carcere: alcune osservazioni storiche*, cit., p. 137.

48 M. Foucault (*op. cit.*, p. 133) a riguardo parla di «Ricostituzione dell'*homo oeconomicus*».

49 G. Vassalli, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, nn. 3-4, pp. 437 ss., spec. pp. 449 ss.

50 V. M. Pavarini, *L'era jacksoniana*, cit., p. 193.

51 V. M. Pavarini, *Il penitenziario come modello della società ideale*, in D. Melossi – M. Pavarini (a cura di), *Carcere e fabbrica*, cit., pp. 201 ss., spec. pp. 210 ss.

Ariguardo, fondamentali sono stati gli apporti provenienti dall'esperienza olandese delle «Rasphuis»⁵², inglese delle «houses of correction» e statunitense dei sistemi penitenziari filadelfiano e auburniano⁵³.

3.1. Segue: l'esperienza dei Paesi Bassi

Per quanto riguarda l'esperienza olandese, essa è la prova del collegamento tra le esigenze del mercato del lavoro e del nascente capitalismo dei Paesi Bassi⁵⁴. Infatti, lo sviluppo commerciale e manifatturiero del XV–XVI secolo era ostaggio di una situazione di mismatch tra domanda e offerta di lavoro che vedeva quest'ultima crescere ad un ritmo più lento della prima, imponendosi l'utilizzazione e la non dispersione di ogni unità lavorativa astrattamente disponibile, compresa la manodopera appartenente alle fasce più emarginate, ma soprattutto più colpite proprio dal nascente modello economico⁵⁵, in un'ottica calmieratrice del prezzo del lavoro sul libero mercato⁵⁶.

Invero, se l'obiettivo di realizzare una riduzione della distanza tra domanda e offerta può sembrare quello più credibile, non se ne possono sottovalutare altri, perseguiti più o meno consapevolmente⁵⁷. Infatti, per taluni la finalità specifica di queste istituzioni segreganti era l'apprendimento forzato da parte dei soggetti ivi ristretti⁵⁸, per altri la preparazione del nascente proletariato con accettazione dell'ordine e della società borghese⁵⁹, per altri ancora la concretizzazione di una certa

52 Sull'etimologia del termine, v. D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna in Inghilterra e nell'Europa continentale tra la seconda metà del cinquecento e la prima metà dell'ottocento*, in D. Melossi – M. Pavarini (a cura di), *Carcere e fabbrica*, cit., pp. 31 ss., spec. pp. 40 ss.), che la fa derivare da un particolare strumento, denominato “raspino”, utilizzato per tingere i filati, e connesso ad un processo produttivo rozzo e faticoso. Sulla *Rasphuis* v. anche M. Foucault, *op. cit.*, pp. 131 ss.

53 Sul sorgere ed evolversi delle case di correzione v. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 95 ss.

54 V. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, p. 47.

55 L'occupato–tipo presso le *Rasphuis* era solitamente un ex artigiano o un ex contadino, categorie meno inclini ad accettare la nuova situazione socio economica (D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 42).

56 In tal senso D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 36

57 Per la pluralità di finalità sottese all'istituzione delle case di lavoro v. D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., pp. 38 ss.

58 Così G. Neppi Modona, *Presentazione*, cit., p. 9.

59 V. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 95 ss.; *contra*, G. Neppi Modona, *Presentazione*,

opera di «prevenzione generale»⁶⁰, per non parlare della possibilità di realizzazione di elevati profitti, in considerazione del basso costo del lavoro⁶¹, risolvendo sul nascere una specie di antesignano «rischio di perdita dell'investimento formativo da parte dell'impresa»⁶². Ovviamente, non era estranea anche l'idea punitiva e retributiva connessa al lavoro, unitamente alla finalità di emenda e di coazione psicologica.

3.2. *Segue: l'esperienza anglosassone*

Con riferimento alla situazione inglese, l'origine delle istituzioni deputate all'internamento coatto risale alla seconda metà del XVI secolo, con la finalità di escludere dal consorzio civile oziosi, vagabondi, ladri ed autori di reati bagatellari per obbligarli al lavoro e all'osservanza di una rigida disciplina⁶³. La nascita delle houses of correction, come quella di Bridewell⁶⁴, può essere considerata uno degli effetti dell'enclosure act, che contribuisce a far riversare una massa confusa di sbandati nelle periferie urbane, poco inclini ad accettare le regole dalla nascente manifattura, non in grado di assorbire questo surplus di manodopera potenziale⁶⁵.

cit., p. 10; in critica alla ricostruzione di G. Rusche – O. Kirchheimer, v. R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, p. 9 ss., spec. 14.

60 Sulla funzione intimidatrice (anche «mercaticistica») della casa di lavoro v. D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 44).

61 V. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, p. 108.

62 Il problema della c.d. «formazione-rischio» a *latere datoris* viene ben illustrato da D. Garofalo, *op. cit.*, pp. 356–357. Con riferimento alla situazione specifica, G. Rusche – O. Kirchheimer (*op. cit.*, p. 99) evidenziano che «allo scopo di assicurare un margine di guadagno all'istituzione, i detenuti venivano fatti lavorare per un periodo di tempo considerevole dopo che il loro periodo di addestramento era finito, allo scopo di rifarsi dei costi del mantenimento e dell'istruzione».

63 Sul sistema carcerario inglese e sui nessi con la rivoluzione industriale inglese d'obbligo il rinvio a M. Ignatieff, *op. cit.*

64 Sulla nascita della più famosa casa di correzione inglese v. D. Melossi (*Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 34), secondo il quale alcuni esponenti del clero inglese richiesero al Re la possibilità di utilizzare il palazzo di *Bridewell* per contenere la mendicizia dilagante a Londra. Lo scopo «era riformare gli internati attraverso il lavoro obbligatorio e la disciplina». Inoltre, si voleva «scoraggiare altri dal vagabondaggio e dall'ozio e, particolare non secondario, assicurare, attraverso il lavoro, il proprio automantenimento».

65 Sulla finalità «addestrativa» delle case di correzione inglesi v. G. Neppi Modona, *Presentazione*, cit., p. 9.

Il successo del primo esperimento contribuì alla diffusione del modello in tutto il Regno Unito, apparendo la soluzione migliore per arginare la mendicizia diffusa. L'istituzione, fondata sul lavoro obbligatorio, accoglieva sostanzialmente poveri, vagabondi⁶⁶, prostitute, disoccupati, soggetti comunque ristretti o per condizione sociale o per effetto del perverso meccanismo che governava il mercato del lavoro e dei salari; infatti, il divieto di contrattazione individuale e collettiva implicava per il lavoratore l'obbligo di accettare l'offerta del primo che lo richiedesse, per cui questi «era obbligato ad accettare qualsiasi lavoro alle condizioni stabilite dal datore di lavoro. Il lavoro obbligato nelle houses of correction o workhouses era diretto, quindi, a piegare la resistenza della forza-lavoro, a far accettare condizioni che permettessero il massimo grado di estrazione del plusvalore»⁶⁷.

Il crescente pauperismo anglosassone fu affrontato non solo ricorrendo alle Bridewells, ma anche attraverso l'emanazione della c.d. poor law elisabettiana (1572)⁶⁸, prevedendo un sistema di aiuti su base parrocchiale, fondato su una contribuzione imposta agli abitanti della zona, con elargizioni da concedere sia agli inabili (impotent poor) ivi presenti (secondo una politica di tipo assistenziale), sia gli abili (rogues and vagabonds), ai quali sarebbe stato fornito lavoro (come effetto di una politica di tipo criminal-preventivo)⁶⁹. A ben guardare, però, poiché l'intero contributo economico al massimo poteva finanziare il solo relief (sussidio), il lavoro agli abili non veniva assicurato e la tenuta del sistema poteva essere compromessa da aumenti della disoccupazione che implicavano reperimento di ulteriori risorse economiche⁷⁰.

I costi eccessivi del sistema assistenziale basato sul relief, nuove politiche di controllo sociale e criminale, l'evoluzione tecnica che

⁶⁶ Sul nesso tra mendicizia, obbligo di lavoro e lavori forzati v. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁷ Cfr. D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., pp. 35 e 60.

⁶⁸ Sulla c.d. legge sui poveri, nonché sul collegamento di questa al c.d. *act of settlement* (la legge sul domicilio), e sulle relative interconnessioni rispetto al sistema delle *workhouses* e alla nascente rivoluzione industriale, v. P. Mantoux, *La rivoluzione industriale*, Roma, Editori Riuniti, 1977, pp. 491 ss., nonché M.A. Crowther, *The Workhouse System 1834 – 1929*, Londra, Methuen, 1981, pp. 11 ss.

⁶⁹ Sulla distinta finalità del *relief* per inabili e abili al lavoro v. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 91 – 92.

⁷⁰ D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 34.

rendeva difficoltosa l'utilizzazione dei ristretti a fini produttivi, anche alla luce dei modelli di edilizia penitenziaria dominanti⁷¹, determinarono un mutamento dello scenario inglese, che preferì alla workhouse del passato la deterrent workhouse, cioè, la casa di lavoro terroristica, sostituendosi ogni forma di assistenza fuori dalle case di lavoro (c.d. outdoor relief) con l'internamento e il lavoro obbligatorio in esse (poor law del 1834)⁷², in condizioni di tali da indurre il cittadino ad evitare ad ogni costo di esservi condotto⁷³: «Il fine della casa di lavoro era ancora una volta, insomma, di far sì che il povero si offrisse a qualunque datore di lavoro a qualunque condizione»⁷⁴.

Ulteriore colpo assestato nel XIX secolo (Prison act del 1865) per disarticolare il sistema delle bridewells, poi, è stata l'eliminazione formale di qualsiasi differenza tra case di lavoro e di correzione, sostanzialmente liquidata già nel 1720, con la possibilità di condannare gli autori di reati minori all'una o all'altra istituzione penale in base a criteri puramente discrezionali.

3.3. Segue: l'esperienza statunitense

Il contributo degli Stati Uniti a riguardo è stato parimenti significativo, specie con riferimento agli aspetti relativi all'architettura penitenziaria, all'organizzazione del lavoro⁷⁵ e alla disciplina interna ai penitenziari,

71 Fondamentale a riguardo è il progetto c.d. «panottico» di Bentham, adatto più agli scopi di controllo-ispezione, che a favorire l'attività lavorativa, specie in un momento storico in cui il lavoro si avvale del contributo delle macchine e della collaborazione della forza lavoro e dove gli spazi di vita detentiva sono tarati sul singolo. Non a caso, Bentham correggerà il proprio progetto, prevedendo stanze detentive non più singole, ma per quattro utenti (D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 69). Sul Panoptico v. anche M. Foucault, *op. cit.*, pp. 218 ss.; più recentemente v. M. Ripoli, *Jeremy Bentham e l'invenzione del penitenziario*, in *Materiali storia cultura giur.*, 1989, pp. 255 ss.

72 Sul sistema delle *workhouses* dal 1834 al 1929 cfr. M.A. Crowther, *op. cit.*

73 Sul lavoro-tortura in ambito penitenziario v. D. Melossi, *Il lavoro in carcere: alcune osservazioni storiche*, cit., p. 141.

74 V. D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 63.

75 M. Pavarini (*L'era jacksoniana*, cit., p. 185 ss.) individua sei modelli organizzativi del lavoro carcerario statunitense e cioè: *public account* (amministrazione penitenziaria come imprenditore, atteso che acquista le materie prime, organizza la produzione, e vende i manufatti, ma senza retribuire i lavoratori), *contract system* (mezzi a carico dell'amministrazione, ma materie prime dell'imprenditore, che utilizza i detenuti in un contesto organizzativo gestito dall'impresa privata, con collocazione dei prodotti sul libero mercato – la disciplina del lavoro è affare dell'impresa, mentre la disciplina penitenziaria rimane

mutuandosi sostanzialmente l'impostazione di fondo olandese per quanto concerne le finalità dell'istituzione segregante, non foss'altro per un background comune di tipo ideologico-religioso (quaccheri negli Stati Uniti e calvinisti in Olanda)⁷⁶.

Negli Stati Uniti sorgono i sistemi penitenziari per eccellenza e cioè, quello c.d. filadelfiano o dell'isolamento continuo (c.d. absolute solitary confinement)⁷⁷, contrapposto a quello (successivo) auburniano⁷⁸, cui erano abbinati particolari modalità di organizzazione del lavoro carcerario (public account per il modello filadelfiano; contract system⁷⁹ per quello auburniano)⁸⁰.

Con riferimento al primo modello, sperimentato negli istituti di Walnut Street (1776) e Cherry Hills (1829)⁸¹, il principio ordinatore

appannaggio dell'amministrazione: tale sistema è molto simile all'affitto di manodopera, *piece – price* (l'imprenditore fornisce mezzi e materie prime, mentre l'amministrazione fornisce la manodopera e riceve un "gettone" in pagamento per ogni manufatto prodotto, in modo analogo, secondo M. Patete, *Manuale di diritto penitenziario*, Roma, Laurus Robuffo, 2001, p. 270, alle nostre lavorazioni gestite per conto dei privati), *leasing system* (l'amministrazione penitenziaria abdica temporaneamente alle proprie funzioni e affida l'intero istituto nelle mani del privato, anche dal punto di vista disciplinare, a fronte di un contributo economico che il privato stesso versa alle casse statali), *State – use system* (simile alle nostre lavorazioni – e così anche M. Patete, *op. cit.*, p. 269), *Public Works* (internati utilizzati dall'amministrazione per lavori pubblici esterni). La scelta dell'uno piuttosto che l'altro è stata determinata, secondo Pavarini, da diverse variabili e cioè, la volontà dell'imprenditoria di usare il lavoro carcerario per calmierare i salari; l'ostilità delle organizzazioni sindacali per timori di concorrenza sleale al lavoro libero; le difficoltà economiche della pubblica amministrazione per industrializzare le carceri; la dominante economia agricola nel contesto in cui il carcere sorge; l'affermarsi di tendenze rieducative contrarie allo sfruttamento del lavoro carcerario.

76 Sul contributo fornito dal governatore quacchero della Pennsylvania, William Penn, secondo cui «tutte le prigioni saranno case di lavoro per malfattori, vagabondi, oziosi e scostumati», v. A. Borzacchiello, *La grande riforma. Breve storia dell'irrisolta questione carceraria*, in *Rass. penit. crim.*, 2005, nn. 3-4, pp. 83 ss., p. 86. Sul sistema in generale ideato da William Penn v. M. Pavarini, *L'era jacksoniana*, cit., pp. 149 ss.

77 Cfr. M. Foucault, *op. cit.*, pp. 260 ss.; M. Pavarini, *L'era jacksoniana*, cit., pp. 178 ss.; G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 215 ss. Più recentemente sul rapporto tra sistemi penitenziari e lavoro v. anche R. Giulianelli, "Chi non lavora non mangia" *l'impiego dei detenuti nelle manifatture carcerarie nell'Italia fra otto e novecento*, in *Rass. penit. crim.*, 2008, n. 3, pp. 83 ss.

78 Sul sistema di Auburn v. M. Foucault, *op. cit.*, pp. 259 - 260; sulla nascita del modello Auburniano, a quanto pare dettata dalla necessità di correggere errori progettuali, v. A. Borzacchiello, *op. cit.*, p. 87. Diversa la valutazione di G. Rusche – O. Kirchheimer (*op. cit.*, pp. 216 ss., spec. p. 220), secondo i quali il passaggio dal modello Filadelfiano a quello Auburniano pare fosse dettato soprattutto da esigenze di incremento della produttività lavorativa e di contribuzione al mantenimento economico del sistema carcerario americano.

79 Secondo Elam Lynds, storico direttore di Sing Sing, «la presenza dell'imprenditore contraente all'interno del carcere avrebbe, prima o poi, portato alla completa distruzione e rovina di ogni ipotesi disciplinare» (M. Pavarini, *L'era jacksoniana*, cit., p. 194).

80 M. Pavarini, *L'era jacksoniana*, cit., pp. 190 ss.

81 Su questi Istituti v. M. Foucault, *op. cit.*, pp. 136 ss. e pp. 260 ss.

era l'isolamento cellulare continuo (notte e giorno); in cella il detenuto compiva ogni attività, nella convinzione che l'assenza di contatti potesse contribuire all'emenda del reo⁸². Il sistema filadelfiano trovava nel lavoro l'elemento essenziale del trattamento imposto al detenuto⁸³, secondo una visione dell'attività essenzialmente terapeutico-premiale e non anche produttiva. Il lavoro veniva concesso al prigioniero che intendesse collaborare al processo rieducativo, secondo una dimensione ideologica (lavoro come unica soluzione al soddisfacimento dei bisogni materiali del non proprietario) e pedagogica (lavoro forzato come modello educativo del lavoro alienato)⁸⁴.

Quanto al secondo modello, avviato nella prigione di Auburn (New York, 1820), si assiste al favor verso il lavoro produttivo imprenditoriale; ad un'attenuazione del rigoroso regime di isolamento del detenuto⁸⁵, non più assoluto ma relativo, consentendosi l'attività in comune, sebbene in silenzio⁸⁶, con la permanenza del solo isolamento cellulare notturno (day association for the maximum industrial production-common hard labour; night separation and silent system for the maximum prevention of contamination); alla rilevanza del modello e dello stile di vita militare, che caratterizza sia i detenuti, sia il personale di custodia e le loro vicendevoli relazioni; alla disciplina di tipo corporale⁸⁷. Col sistema auburniano si cerca di valorizzare decisamente il lavoro in modo più consono rispetto alla strutturazione capitalistica della società.

Non sono mancate letture del fenomeno del lavoro penitenziario in stile "law and economics", evidenziandosi i rapporti di interdipendenza tra mercato del lavoro, sistema penitenziario⁸⁸, andamento socio-

82 Sul fallimento di tale sistema, che alimentava la recidiva, v. L. Daga, (voce) *Sistemi penitenziari*, cit., p. 757.

83 Cfr. A. Borzacchiello, *La grande riforma*, cit., p. 86. Sull'incapacità di questo modello di competere con le produzioni esterne, v. M. Pavarini, *L'era jacksoniana*, cit., p. 181.

84 V. M. Pavarini, *Il penitenziario come modello della società ideale*, cit., pp. 210 ss.

85 Sul nesso tra carcere, lavoro e isolamento v. M. Foucault, *op. cit.*, pp. 131 ss.; R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 134 ss.

86 Critico su questo sistema C. Erra (*L'organizzazione del lavoro carcerario*, in *Rass. studi penit.*, 1951, pp. 310 ss., p. 316), per cui il lavoro in comune e senza obbligo del silenzio consente ai detenuti di avere l'impressione di operare all'interno di una piccola comunità di lavoro.

87 Sul tema M. Pavarini, *Il penitenziario come modello della società ideale*, cit., pp. 217 ss.

88 Sulla nascita del «sistema penitenziario» e sulla «trasformazione (...) della prigione in penitenziario» v. L. Daga, (voce) *Sistemi penitenziari*, cit., pp. 753 ss.

demografico, evoluzione tecnologica del sistema industriale⁸⁹. Storicamente, infatti, si è registrato un profondo nesso tra la condizione del detenuto, e quella dell'occupato o disoccupato libero, nel senso che il tenore di vita del ristretto è profondamente connesso allo svolgimento o meno di un lavoro produttivo, attestandosi ad un livello inferiore rispetto a quello del lavoratore non in vinculis (secondo il principio della *less eligibility*)⁹⁰, ma potenzialmente superiore e migliore rispetto a quello del soggetto privo di occupazione. Sostanzialmente, in questo periodo la forza e le condizioni di vita e di lavoro dei detenuti tendono a seguire, ad un gradino più basso, quelle della massa proletaria nel suo complesso⁹¹.

Inoltre, quella parte (piccola) dell'offerta di lavoro, rappresentata dalle persone ristrette, interagiva con la rimanente componente della stessa, individuabile nelle persone libere, nel senso che il ricorso alla prima cresceva al crescere dei salari esterni, cosicché l'impiego di questa particolare manodopera avrebbe rappresentato valido elemento di contrasto all'aumento delle retribuzioni⁹².

Il binomio carcere-fabbrica si spezza quando l'evoluzione tecnica e la difficoltà di modernizzare gli apparati produttivi all'interno degli istituti spiazza la produzione carceraria⁹³, spingendo l'amministrazione

89 G. Neppi Modona, *Presentazione*, cit., p. 11.

90 La categoria fondamentale per cogliere le scansioni del rapporto tra lavoro e pena, specie in epoca borghese, «è il principio della *less eligibility*, funzione dello stato del mercato del lavoro», il quale «richiede che il livello di esistenza garantito dalle istituzioni carcerarie (o dalla assistenza) sia inferiore a quello della fascia sociale operaia più bassa, in modo che il lavoro peggio pagato sia comunque preferibile (*eligible*) alla condizione carceraria o all'assistenza, ciò al duplice scopo di costringere al lavoro e salvaguardare la deterrenza della pena» (D. Melossi, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione sul testo di Rusche e Kirchheimer*, Prefazione a G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 7 ss., spec. p. 12, nota 21). Per una esplicazione efficace del concetto v. E. Bernardi [*Il lavoro carcerario*, in G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 77 ss., spec. p. 104], secondo il quale, «pena la caduta dell'effetto di intimidazione collettiva della sanzione detentiva, negli istituti penitenziari non può essere comunque previsto un livello di vita migliore di quello riscontrabile, all'interno della società libera, fra le classi marginali, contraddistinta, come noto, da un elevato tasso di disoccupazione». Se così fosse, la collocazione del detenuto nell'area dello svantaggio non sarebbe suscettibile di miglioramento, in quanto non si contribuirebbe alla rimozione di alcun ostacolo socio-economico tra il ristretto e il reinserimento nel consorzio sociale, rafforzandone l'identità di *outsider* tra gli *outsiders*. Sulla *less eligibility* da ultimo v. R. Giulianelli, *op. cit.*, pp. 85 ss.

91 D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 81.

92 Cfr. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, spec. nota 10.

93 Il carcere avrebbe potuto essere fagocitato dalla fabbrica se, come afferma D. Melossi (*Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 93), fossero state investite risorse economiche e

a prediligere soluzioni organizzative diverse⁹⁴. Cessa, quindi, la convenienza economica del lavoro penitenziario, sia per l'obsolescenza tecnica degli apparati produttivi presso le case di correzione, sia a causa dell'aumento dell'offerta di lavoro.

L'istituzione carceraria diventa, così, strumento di barbara afflizione, transitandosi dalla casa di correzione al carcere–luogo di tormento⁹⁵; di conseguenza, il lavoro dei prigionieri si trasforma progressivamente in una forma di tortura, non dissimilmente dalle punizioni corporali e da altri strumenti cui si ricorreva per aggravare una pena già di per sé pesante⁹⁶. Peraltro, si ritiene che senza un miglioramento delle condizioni generali di custodia difficilmente la classe borghese o lo Stato avrebbero avuto possibilità di trarre profitto da una massa di detenuti corrotta e ammassata insieme indiscriminatamente⁹⁷.

Di fronte alla triste realtà del lavoro carcerario non sono mancati i tentativi riformatori, sistematicamente ostacolati, però, dalle limitate prospettive agricole e industriali offerte ai detenuti. Inoltre, giova evidenziare come è in questo momento storico (fine del XIX inizio del XX secolo) che si pongono i primi contrasti giuridico–ideologici tra lavoro libero e lavoro carcerario, poiché sia la borghesia, sia la classe operaia⁹⁸, sia il nascente movimento sindacale⁹⁹, lo accusano di concorrenza al ribasso nei confronti del primo¹⁰⁰.

materiali, sostenendo l'efficienza del lavoro in carcere.

94 V. M. Pavarini, *L'era jacksoniana*, cit., p. 192.

95 V. D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., p. 66; G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, p. 187.

96 G. Vassalli, *op. cit.*, pp. 449 ss.

97 Così B. Webb B. – S. Webb, *English Prisons Under Local Government*, Londra, Longmans Green & Co., 1922, 89.

98 M. Pavarini (*L'era jacksoniana*, cit., pp. 194 ss.) rammenta come già dal 1823 una commissione di lavoratori avventizi di New York prese posizione contro i prodotti provenienti dagli istituti di pena, mentre nello stesso anno gli operai del settore metalmeccanico rivolsero una petizione alle autorità affinché si abolisse il lavoro produttivo dei detenuti. Nel 1834, poi, fu istituita una apposita commissione a livello federale per verificare la fondatezza delle lamentele rivolte dai sindacati contro tale forma di attività lavorativa. La commissione concluse il proprio rapporto a favore del c.d. *contract system*, sebbene proponendo talune limitazioni ad esso, che però non convinsero le organizzazioni sindacali.

99 V. G. Ichino, *Sindacato e questione carceraria*, in M. Cappelletto – A. Lombroso (a cura di), *op. cit.*, pp. 127 ss., spec. p. 128.

100 Su tale aspetto v. D. Melossi, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., pp. 66 e 80. Per una valutazione del problema dal punto di vista storico e a livello europeo, v. G. Rusche – O. Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 189 ss.

4. *Il lavoro dei carcerati nell'Italia preunitaria*

La funzione terroristico–repressiva assolta dal carcere, a partire soprattutto dalla metà del XIX secolo, non risparmia l'Italia preunitaria. Nel nostro Paese il ritardo industriale, rispetto alle altre realtà europee, impedisce la realizzazione di quel particolare connubio tra carcere e fabbrica che ha caratterizzato il sorgere dell'esperienza manifatturiera europea¹⁰¹.

Il nostro sistema, non privo di contraddizioni e tensioni sociali, ha utilizzato una valvola di sfogo diversa per evitare il collasso del mercato del lavoro e cioè, il ricorso massiccio all'emigrazione, tanto Oltralpe, quanto Oltreoceano¹⁰².

La pena detentiva e del lavoro coatto era già presente nei sistemi giuridici dei vari Regni italiani, trovando una discreta applicazione sin dal primo Settecento, sebbene solo con l'occupazione napoleonica la limitazione della libertà personale, unitamente al lavoro obbligatorio, veniva ascritta a pieno titolo tra le sanzioni criminali¹⁰³.

Unica eccezione, forse, era rappresentata dalla costruzione di alcuni edifici voluti dagli austro–ungarici nel Lombardo–Veneto, ivi succedutisi agli spagnoli, che vollero fortemente la creazione di una casa di correzione e di un ergastolo a Milano¹⁰⁴, realizzando un progetto vecchio di un secolo, ed utilizzando il lavoro non per finalità di istruzione professionale, ma per scopi produttivi, nelle nascenti manifatture tessili

101 Una conferma degli effetti del ritardo industriale italiano viene offerto dalla legislazione del boom economico post-bellico, che in pieno XX° secolo criminalizza «coloro che si sottraggono all'irregimentazione programmatica negli schemi dello sviluppo industriale», e cioè, oziosi e vagabondi (l. 27 dicembre 1956, n. 1423), solo per un comportamento “disobbediente” e non per eventuali delitti commessi (E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., p. 92), al pari di quanto avvenuto in altre realtà estere molto tempo prima. In merito v. G.F. Mancini, *Dovere e libertà di lavorare*, in *Pol. dir.*, 1974, pp. 565 ss., spec. pp. 578 ss., nonché P. Nuvolone [(voce) *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *E.D.*, 1976, XXVI, pp. 632 ss., p. 642], secondo il quale «Sia pure con discutibile criterio criminologico, si può dire che l'ozio e il vagabondaggio sono situazioni soggettive che predispongono ad alcune forme di delinquenza».

102 V. D. Melossi, *Genesi dell'istituzione carceraria in Italia*, in D. Melossi – M. Pavarini (a cura di), *Carcere e fabbrica*, cit., pp. 97 ss., spec. p. 105; G. Neppi Modona, *Presentazione*, cit., p. 12; ma soprattutto, R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 127 ss., con ampi riferimenti alle situazioni esistenti in ogni singolo Regno della penisola.

103 Cfr. D. Melossi, *Genesi dell'istituzione carceraria in Italia*, cit., p. 125.

104 V. R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 111 ss.

lombarde¹⁰⁵.

Significativa, poi, è stata la nascita di queste istituzioni contemporaneamente all’emanazione delle sanzioni sulla disciplina delle maestranze, prevedendosi il carcere per gli operai, secondo un trattamento differenziato tra condannati a pene meno gravi, per i quali era prevista la casa di correzione con lavoro di tipo manifatturiero, e condannati a pene lunghe, ospitati nell’ergastolo e obbligati a lavori di pubblica utilità¹⁰⁶.

La rilevanza del lavoro carcerario durante la dominazione austroungarica veniva confermata anche dopo la Restaurazione, con l’applicazione del codice asburgico del 1803, «agganciando anzi, in realtà, la loro stessa possibilità di sopravvivenza al lavoro, in quanto il vitto, senza ciò che gli scarsi guadagni davano la possibilità di comprare era decisamente sotto il minimo vitale»¹⁰⁷.

Il “giardino d’Europa”, prima della piemontesizzazione, è stato caratterizzato da alcune esperienze di lavoro (forzato) carcerario da non sottovalutare, specie nello Stato Pontificio¹⁰⁸, nel Regno di Sardegna, nella Toscana di Re Leopoldo¹⁰⁹ e nel Regno delle Due Sicilie¹¹⁰. Infatti, la nascita della prima prigione, con la costruzione delle Carceri Nuove in Roma¹¹¹, non può essere ritenuta casuale, in quanto la coniugazione del potere spirituale con quello temporale rendeva meglio perseguibile il

105 Contesta la funzione produttiva dell’istituzione carceraria, ma non quella atipicamente economica di contribuire alla trasformazione del criminale in proletario, pronto all’impiego in fabbrica ed in grado di osservare la disciplina ivi imperante, M. Pavarini, *Il penitenziario come modello della società ideale*, cit., p. 201.

106 V. D. Melossi, *Genesi dell’istituzione carceraria in Italia*, cit., pp. 109ss. Sul lavoro di pubblica utilità e sulle opere realizzate dai condannati, cfr. già G. Novelli, *Il lavoro dei detenuti*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, estratto del n. 3, pp. 73 ss.

107 In tal senso, D. Melossi, *Genesi dell’istituzione carceraria in Italia*, cit., p. 128.

108 Sullo stato delle prigioni a Roma tra il XV e il XVI secolo, con ampi riferimenti non solo al carcere di S. Michele a Ripa, ma anche alle altre strutture presenti in città, v. R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 37 ss.

109 Sulle prigioni toscane v. sempre R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 63 ss.

110 Sulle carceri borboniche v. A. Tolomeo, *Bagni penali e isole di relegazione nel Regno di Napoli*, in L. Martone (a cura), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Istituto universitario orientale, 1996; G. Tessitore, *L’utopia penitenziaria borbonica. Dalle pene corporali a quelle detentive*, Milano, Franco Angeli, 2002.

111 La nascita della prima prigione in Italia non è certa, visto che R. Rustia (*op. cit.*, p. 73, nota 6) la riconduce alla Pia Casa di rifugio per i fanciulli poveri del 1677 aperta dall’Abate Franci in Firenze.

fine di neutralizzazione del delinquente¹¹². Inoltre, sempre nel Papato, e precisamente nel carcere di San Michele a Ripa in Roma nel XVIII secolo, si realizzava, stando ad autorevolissima dottrina penitenziaristica¹¹³, il primo esempio di utilizzazione del lavoro come elemento trattamentale, secondo una iniziale politica correzionale indirizzata ai giovani, nella convinzione che costoro fossero più facilmente correggibili e adatti al lavoro salariato, attraverso un'attività in comune «che consisteva nel filare il cotone e nel lavorare la maglia, stando sempre legati con la catena al banco su cui i ragazzi erano seduti e su cui rimanevano praticamente, con brevissime soste, da mane a sera»¹¹⁴.

Con riferimento al Regno Sabauda, trovava sicuramente spazio l'applicazione dell'ergastolo, inteso come pena perpetua limitativa della libertà personale a carattere sostanzialmente eliminativo, con annesso obbligo del lavoro, secondo un'ispirazione derivante dalla legislazione degli altri Stati italiani (codice borbonico del 1819 - artt. 3 e 7; toscano - artt. 13 e 15; ducati estensi - art. 10 e 16)¹¹⁵. Per quanto concerne la Toscana, sono noti i miglioramenti ivi apportati alla legislazione criminale dal Granduca Leopoldo, che si preoccupava anche della stessa vita nelle prigioni, specie presso la fortezza di Livorno¹¹⁶. I condannati ai lavori forzati erano utilizzati, non a titolo gratuito ma oneroso, per la pulizia del porto, la costruzione di edifici pubblici come il lazzeretto¹¹⁷, ovvero, con provvedimento del 1816, ove la condanna ai lavori pubblici fosse superiore a 5 anni, a scontarla nelle saline e nelle miniere dell'Elba¹¹⁸. La situazione cambiava radicalmente quando con la riforma carceraria del 1845 si introduceva sostanzialmente il sistema filadelfiano dell'isolamento continuo (supra), che realizzava una evidente svalutazione del lavoro in carcere, «ora diretto principalmente al fabbisogno interno del carcere (...) con l'espressa motivazione del

112 Così L. Daga, (voce) *Sistemi penitenziari*, cit., p. 754.

113 Sempre L. Daga, (voce) *Sistemi penitenziari*, cit., p. 754.

114 V. D. Melossi, *Genesi dell'istituzione carceraria in Italia*, cit., pp. 106 e 119.

115 Cfr. P. Fiorelli, *op. cit.*

116 Trattavasi di bagno penale, su cui v. R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 168 ss.

117 Cfr. D. Melossi, *Genesi dell'istituzione carceraria in Italia*, cit., p. 113.

118 Sulla condizione dei forzati, v. A. Borzacchiello, *La grande riforma*, cit., pp. 90 ss. Per riferimenti alle carceri toscane prima dell'unità d'Italia v. "Le carceri penitenziali della Toscana – studi igienici, Firenze, 1860".

pericolo della concorrenza esterna per le imprese esterne»¹¹⁹.

Se all'estero i pericoli legati alla concorrenza tra lavoro dei detenuti e libero hanno portato all'adozione di drastiche soluzioni a danno di quello carcerario, sospendendosene lo svolgimento o deprimendone le potenzialità¹²⁰, in Italia la «vecchia questione»¹²¹ della concorrenza tra lavoro carcerario e lavoro libero va analizzata alla luce della complessa situazione socio – economica dell'epoca¹²².

Lo sviluppo industriale italiano è avvenuto con forte ritardo rispetto agli altri Paesi interessati dal fenomeno della concorrenza tra lavorazioni e industria esterna, tanto da non riscontrarsi quelle dinamiche o contrapposizioni con cui esso si è manifestato all'estero, inducendo gran parte della dottrina a ritenerlo un falso problema¹²³.

119 V. D. Melossi, *Genesi dell'istituzione carceraria in Italia*, cit., p. 129

120 U. Sisti [(voce) *Lavoro carcerario*, in *N.D.I.*, Torino, Utet, 1963, IX, 546 ss., spec. p. 548] evidenziava come in Francia (1848) e in Austria (1872) il lavoro nelle carceri fosse stato sospeso, mentre in Svezia fosse stato sperimentato il sistema dell'insegnamento manuale (Sloyd), «consistente nel permettere ai detenuti soltanto l'uso degli utensili per scopo di insegnamento e di conservazione delle capacità già raggiunte senza alcun obiettivo di produzione». G. Drage (*La questione operaia a Terranova e nel dominio del Canada*, trad. it. a cura di P. Jannacone, in D.F. Schloss – L. Albertini – G. Drage, *Economia del lavoro. La questione operaia nei principali Stati dell'Europa, d'America e nelle colonie*, Torino, Utet, 1901, vol. V, parte II, pp. 563 ss., spec. p. 592), con riferimento alla situazione canadese, riferiva di una proposta della Commissione Reale sul Lavoro finalizzata ad abolire le macchine nel lavoro carcerario, per eliminare i problemi di concorrenzialità. Quanto agli Stati Uniti, sempre G. Drage (*La questione operaia negli Stati Uniti*, trad. it. a cura di P. Jannacone, in D.F. Schloss – L. Albertini – G. Drage, *Economia del lavoro*, cit., 1896, vol. V, parte I, pp. 753 ss., spec. p. 878), evidenziava come quello della concorrenza fosse un fenomeno avvertito (tanto da aver determinato allo sciopero gli operai di Nashville), ma concretamente irrilevante, se si considerano i volumi di produzione specifici sul totale, riducendosi il problema a ben poca cosa.

121 G. Pera, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *F.I.*, 1971, V, 53 ss., spec. p. 56.

122 Sul tema, v. Beltrani–Scalia, *La riforma Penitenziaria in Italia*, Roma, 1879, p. 305; Direzione Generale delle Carceri e dei Riformatori, 1923, pag. XIV; E. Ferri, *Lavoro e celle dei condannati*, in *Idem, Studi sulla criminalità*, 2a ed., Torino, Utet, 1926, pp. 106 ss., pp. 119 ss.; G. Novelli, *op. cit.*, pp. 12 ss.

123 Così C. Erra, *L'organizzazione del lavoro carcerario*, cit., pp. 317 ss.; P. Quaglione, *Funzione e ordinamento del lavoro carcerario in Italia*, in *Rass. studi penit.*, 1958, pp. 127 ss., p. 137; B. Bruno, *Istruzione e lavoro negli stabilimenti penitenziari*, *ibidem*, 1959, pp. 515 ss., p. 522; P. Giordano, *op. cit.*, p. 328 (attesa l'irrilevanza numerica dei detenuti lavoranti sul totale della forza lavoro italiana e la bassa qualità dei prodotti carcerari); R. Ciccotti – F. Pittau, *Relazione*, in *Atti del convegno "Lavoro e previdenza sociale nelle carceri"*, Roma CNEL 6/12/1984, Iniziative Inas, 1985, pp. 8 ss., p. 9 (in ragione delle caratteristiche del prodotto finito); P. Pillitteri, *Intervento*, *ibidem*, 6 ss. (il quale riporta la diversa opinione espressa da Carlo Romussi, in occasione del primo convegno della confederazione operaia lombarda, quando affermava che «Siamo giunti al punto che il lavoratore del carcere affama il lavoratore dell'officina»). *Contra*, E. Ferri (*Lavoro e celle dei condannati*, cit., pp. 119 ss., spec. nota 2), secondo cui quella della concorrenzialità tra lavoro carcerario e libero era una delle due massime questioni penitenziarie del XIX secolo.

Non è mancato, comunque, chi, riconoscendo l'esistenza di questo particolare problema, prospettasse diverse soluzioni, come l'istituzione di appositi stabilimenti, in grado di assicurare lavoro ai condannati, senza entrare in conflitto con l'impresa privata¹²⁴, ovvero, la destinazione dei detenuti a particolari produzioni, fissando i prezzi in guisa da non determinare ribassi sul mercato¹²⁵, ingenerando dubbi sulla valenza rieducativa di questa attività. Infatti, pur ipotizzando l'esistenza di un problema di concorrenzialità e di conflitto tra valori quali la libera iniziativa e la rieducazione, non si può che concordare con chi risolve il supposto conflitto a vantaggio di quest'ultimo¹²⁶.

5. *La disciplina del lavoro dei detenuti nel Regno d'Italia*

L'importanza della legislazione sarda derivava dalla sua successiva estensione all'intero Regno d'Italia ad Unità compiuta; infatti, il codice piemontese del 1859 includeva tra le c.d. pene criminali i lavori forzati

124 Per alcune note sulla concorrenza tra lavoro carcerario e libero v. M. Foucault, *op. cit.*, pp. 263 ss. Invero, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, viene formulata la proposta a livello politico di impegnare direttamente lo Stato per far conseguire alle vittime del reato la giusta soddisfazione economica, mediante l'impiego dei detenuti nel lavoro carcerario (V. Grevi, *Risarcimento dei danni da reato e lavoro penitenziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, pp. 55 ss., pp. 63 ss.). Tale idea suscitò forti polemiche, da parte di chi stigmatizzava il fatto che lo Stato si attivasse a fornire lavoro ai singoli «così venendo quasi a consacrare l'utopia socialista di un corrispettivo diritto al lavoro dei cittadini», reputando peraltro ingiusto che a soggetti non proprio meritevoli venisse accordata «una specie di agevolezza ad occuparsi fruttuosamente, mentre l'onesto popolano deve spesso procurarsi con mille stenti e difficoltà un pane che valga a sfamare lui e la famiglia» (L. Lucchini, *Gli istituti di polizia preventiva*, in *Atti del II Congresso giuridico italiano internazionale*, Torino, 1881, pp. 125 ss.). Inoltre, preoccupava il fatto che gli stabilimenti di lavoro istituiti dallo Stato per i condannati potessero determinare una «concorrenza al lavoro degli operai onesti» (cfr. E. Ferri, *Intorno alla concorrenza del lavoro carcerario al lavoro libero*, in *Idem, op. cit.*, pp. 139 ss.), per cui «basta che un uomo commetta un delitto e si faccia condannare, perchè la società sia sollecita subito ad assicurargli il pane ed anche il lavoro, con alloggio conveniente, quando pure non fantastichi di procurargli la musica e le conferenze scientifiche. Talchè, mentre l'operaio libero, che rimane onesto, non trovando da lavorare deve aggiungere la fame acuta alla fame cronica, cui soggiace continuamente, il malfattore condannato è al riparo da questa disgraziata possibilità» (E. Ferri, *Lavoro e celle dei condannati*, cit., p. 122). Secondo G. Neppi Modona (*Carcere e società civile*, cit., p. 1915, nota 5) i socialisti erano «ottenebrati dallo spauracchio – in realtà inesistente, stante la minima incidenza sul lavoro libero – della concorrenza al lavoro libero del lavoro carcerario».

125 Così L. De Litala, *La prestazione di lavoro nel sistema penitenziario italiano*, in 1946, *Dir. lav.*, I, pp. 240 ss., p. 241.

126 G. Marcello, *Il lavoro come strumento insostituibile per il recupero*, in Aa.Vv., *Formazione professionale e lavoro esperienze dentro e fuori dal carcere*, Torino, Regione Piemonte, 1996, pp. 11 ss., spec. p. 12.

sia a vita, sia a tempo; inoltre, collegata al lavoro coatto del carcerato, era la pena della relegazione, che consisteva nella detenzione del condannato in un castello con sottoposizione all'obbligo del lavoro¹²⁷. Una scelta precisa sul tipo di sistema penitenziario da adottare, se filadelfiano o auburniano, non fu compiuta, nonostante il fervido dibattito intellettuale che animava la dottrina del tempo, ma la penuria di fondi, necessari per costruire stabilimenti penali idonei a realizzare la separazione e l'isolamento continui tra reclusi, deponeva implicitamente per il sistema auburniano. Invero, la dottrina penitenziaria evidenzia come alla fine del XIX secolo tutti i sistemi di esecuzione della privazione della libertà fossero presenti in Italia, dai c.d. bagni penali¹²⁸, dove i detenuti incatenati in comune giorno e notte erano costretti ai lavori forzati, in casacca rossa da galeotti e "bande colorate", a seconda del reato commesso e del comportamento intramurario (che influiva anche sull'accesso al lavoro)¹²⁹, agli ergastoli¹³⁰, alle case di forza¹³¹, alle prigioni, alle case di relegazione (cui erano destinati gli autori di delitti passionali e meno gravi), ai manicomi giudiziari (ora ospedali psichiatrici giudiziari)¹³², alle case correzionali, ai c.d. "pii

127 In tal senso A. Borzacchiello, *La grande riforma*, cit., p. 101. Sullo stato delle carceri piemontesi, prima dell'Unità d'Italia, v. R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 47 ss. Quanto, invece, alla specifica condizione delle carceri piemontesi cfr. V. Comoli Mandracci, *Il carcere per la società del Sette-Ottocento. Il carcere giudiziario di Torino detto "Le Nuove"*, in *Eadem* - G.M. Lupo (a cura di), Torino, Centro studi piemontesi, 1974, pp. 49 ss.; G. Nalbone, *Carcere e società in Piemonte (1770-1857)*, Santena, Fondazione Camillo Cavour, 1988.

128 Sui Bagni Marittimi negli Stati Sardi v. G.B. Massone, *La pena dei lavori forzati considerata nella sua applicazione pratica ossia i bagni marittimi negli Stati Sardi*, Genova, Regia Tipografia di Gio. Ferrando, 1851; più in generale, v. C. I. Petitti di Roreto, *Trattato della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarle*, Torino, Pomba Editore, 1840, pp. 561 ss.; R. Canosa – I. Colonnello, *op. cit.*, pp. 163 ss.; più recentemente sull'«ignominiosa pena» dei bagni penali d'obbligo il rinvio a A. Borzacchiello, *La grande riforma*, cit., pp. 111 ss. Dopo il 1891 i bagni penali furono sostituiti dalle colonie penali, decisamente più redditizie, e con l'utilizzazione delle isole, anche più sicure (cfr. Direzione Generale delle Carceri e dei Riformatori, 1923).

129 Sulla analitica distinzione dei detenuti e sul ricorso alle bande colorate, con la nera riservata ai più pericolosi, v. il regolamento del 27 marzo 1878, di cui parla L. Daga, (*voce*) *Sistemi penitenziari*, cit., pp. 757 ss. Per la regolamentazione antecedente, con riferimento ai bagni marittimi, v. G.B. Massone, *op. cit.*, pp. 27 ss.

130 Sulla preferenza italiana per l'ergastolo e sulla disciplina del cod. pen. del 1889 v. P. Fiorelli, *op. cit.*, p. 223.

131 Sulla condanna alle case di forza per chi non poteva sopportare la galera v. M. Foucault, *op. cit.*, p. 129.

132 Sui manicomi criminali, a tutti gli effetti «luoghi della follia», v. L. Daga, *Ospedali psichiatrici giudiziari, sistema penale e sistema penitenziari*, in *Rass. penit. crim.*, 1985, pp. 1 ss.; successivamente v.

istituti dipendenti dall'amministrazione carceraria", fino alle colonie agricole¹³³.

Su queste ultime si focalizzò l'attenzione generale verso la fine del XIX secolo, in forza dello scarso risultato delle case di lavoro, per l'atrofia dell'apparato industriale nazionale; l'obiettivo che si intendeva raggiungere era quello di realizzare la bonifica delle terre incolte o malariche¹³⁴, secondo una singolare assonanza, riecheggiata spesso durante il fascismo, tra bonifica umana ed agricola¹³⁵, con la tendenza «non tanto ad accogliere il contadino scacciato nelle città, ma a risospingerlo da dove veniva»¹³⁶.

La situazione complessiva del lavoro dei detenuti tra il XIX e la prima metà del XX secolo non pare essere stata caratterizzata da grandi mutamenti, se Romagnoli, in un convegno del 1974, ha sostenuto che l'attività lavorativa dei reclusi aveva in sé «i principi della locatio hominis dell'età precapitalistica per cui, se non la stessa persona umana, almeno il corpo del lavoratore è oggetto del rapporto di lavoro»¹³⁷.

L'unificazione italiana consentiva di effettuare una iniziale *reductio ad unum* dei vari regolamenti carcerari già a partire dal 1862 (r.d. 13 giugno 1862, n. 413), ed un coordinamento della materia penitenziaria (r.d. 1 febbraio 1891, n. 60)¹³⁸ rispetto alla prima codificazione di diritto

anche A. Borzacchiello, *op. cit.*, pp. 117 ss.

133 Sul passaggio dai bagni penali alle colonie agricole v. ancora A. Borzacchiello, *op. cit.*, pp. 116 ss. Per una prima analisi storica del funzionamento delle colonie agricole v. G. Cusmano, *Le case penali agricole nel bilancio dell'Interno*, in *Riv. disc. carc.*, 1904. Più recentemente sulle colonie agricole, invece, v. L. Daga, *Rapporto sulle colonie agricole in Italia*, in *Luigi Daga – Scritti e Discorsi (1980-1993)*, Roma, Ministero della Giustizia, 2008 (scritto del 1985), pp. 79 ss.; R. Giulianelli, *op. cit.*, spec. pp. 94 ss. Per una rassegna esaustiva sull'origine delle colonie penali agricole v. A. Gambardella, *Nascita ed evoluzione delle colonie penali agricole durante il Regno d'Italia*, in *Rass. penit. crim.*, 2008, n. 1, pp. 7 ss., ed ivi ampi riferimenti dottrinari.

134 V. E. Ferri (*Lavoro e celle dei condannati*, cit., pp. 129 ss.), secondo cui «dato che a redimere queste terre italiane dalla malaria necessiti il sacrificio di vite umane, o di lavoratori onesti o di lavoratori condannati, niun dubbio che questi devono essere i primi e possibilmente i soli sacrificati».

135 Cfr. D. Grandi, *Bonifica umana*, in *Riv. dir. penit.*, 1942, pp. 1 ss. spec. pp. 125 ss.; *contra* G. Zuccalà, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *Sul problema della rieducazione del condannato* (Atti del II° Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963), Padova, Cedam, 1964, pp. 55 ss., pp. 67 - 70.

136 In tal senso, D. Melossi, *Genesi dell'istituzione carceraria in Italia*, cit., p. 133.

137 U. Romagnoli, *Il lavoro nella riforma carceraria*, in M. Cappelletto – A. Lombroso (a cura di), *op. cit.*, pp. 92 ss., spec. p. 93 (relazione al convegno di Venezia del 9 febbraio 1974, già pubblicata col titolo *Il lavoro dietro le sbarre*, in *Pol. dir.*, 1974, pp. 205 ss.).

138 La disciplina del r.d. in questione confermava la dimensione "retributivo-sanzionatoria" del

penale sostanziale, avvenuta del 1889, con la quale si eliminarono i lavori forzati dal nostro ordinamento¹³⁹, ma si continuò a ritenere il detenuto non un lavoratore a pieno titolo, «ma un “lavorante”, ovvero un soggetto in punizione che si preferisce non resti inoperoso»¹⁴⁰.

Durante il periodo che va dall'inizio del XX° secolo all'ascesa del fascismo la questione carceraria, e quella del lavoro negli istituti di pena, viene riportata al centro dell'attenzione da un famoso discorso di Turati alle Camere¹⁴¹, che non avrà seguito concreto a causa della partecipazione dell'Italia al primo conflitto mondiale. Questo evento influisce anche sul lavoro carcerario¹⁴², poiché la penuria di manodopera, determinata dall'impiego degli uomini validi al fronte, esige il tributo lavorativo di tutti, “mezze forze” comprese, e quindi anche degli stessi carcerati¹⁴³.

Terminata la guerra, l'abbinamento della riforma codicistica alla revisione del regolamento carcerario veniva riproposto all'inizio degli anni '30, quando nel volgere di un anno il legislatore fascista emanava i codici penale e di procedura penale, unitamente al regolamento per gli istituti di prevenzione e pena (r.d. 18 giugno 1931, n. 787)¹⁴⁴. Il giudizio sul passaggio dal r.d. n. 787/1931 alla l. n. 354/1975, specie in materia di lavoro, è controverso, alternandosi valutazioni positive¹⁴⁵ ad altre decisamente critiche¹⁴⁶, accusandosi il regolamento del 1931 di

lavoro e la sua «funzione rafforzativa della detenzione in chiave prevalentemente generalpreventiva» (E. Bernardi, *op. cit.*, pp. 80 – 81). Sulla continuità tra il regolamento carcerario del 1891 e quello sardo, esteso al Regno d'Italia, v. G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, cit., p. 1927.

139 R. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 17.

140 R. Giulianelli, *op. cit.*, p. 92.

141 F. Turati, *I cimiteri dei vivi (per la riforma carceraria)*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1904.

142 R. Giulianelli, *op. cit.*, p. 98-100.

143 V. C. Giannini, *Il lavoro dei condannati all'aperto in zona di guerra*, in *Riv. disc. carc. corr.*, 1917.

144 Sulla gestione fascista delle carceri v. G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, cit., p. 1966 ss. Positivamente, sul r.d. 787/1931, L. De Litala, *op. cit.*, p. 241; C. Erra, *La riforma carceraria in Italia*, in *Rass. studi penit.*, 1951, pp. 643 ss., spec. p. 644; accusa De Litala di «colossale mistificazione» U. Romagnoli, *op. cit.*, p. 92.

145 V. G. Piero, (voce) *Istituti di prevenzione e pena*, in *E.G.T.*, 1989, XVII, pp. 1 ss.

146 In tal senso, U. Romagnoli, *op. cit.*, p. 92; A. Ricci – G. Salierno (*Il carcere in Italia*, Torino, Einaudi, 1971, p. 151) evidenziavano la situazione di sfruttamento del lavoro dei detenuti prevista dalla stessa disciplina risalente al ventennio, che mutuava per i detenuti «dal diritto romano la definizione dello schiavo come “res nullius” e dalla filosofia ellenica la concezione dello stesso come essere privo di anima»; per E. Bernardi (*op. cit.*, p. 81), i caratteri presenti nel vecchio regolamento del 1891 si ritrovavano tutti

appartenere «alla preistoria del diritto in generale e del diritto del lavoro in particolare»¹⁴⁷, ferma restando la qualificazione giuridica del lavoro come parte della pena¹⁴⁸.

6. Il lavoro dei detenuti nel XX secolo: dalla regolamentazione fascista al nuovo Ordinamento Penitenziario

Un'analisi sommaria della disciplina in materia di lavoro penitenziario, recata dal r.d. n. 787/1931, e dalla l. 9 maggio 1932, n. 547 (vera e propria «Carta del lavoro carcerario»)¹⁴⁹, fornisce subito la misura dell'intervento che il legislatore dell'epoca ha inteso mettere in campo¹⁵⁰. Infatti, fermo restando l'obbligo del lavoro per i condannati, ripreso anche nell'attuale cod. pen. (artt. 22 ss.), si conservava la sostanziale «amministrativizzazione» dell'attività lavorativa dei carcerati, attesa la permanenza del potere delle direzioni d'istituto di pianificarne il lavoro e di disporre l'impiego¹⁵¹, senza alcuna possibilità di sindacarne

in quello fascista del 1931, di impronta marcatamente afflittiva, atteso che «l'elemento lavoro veniva fagocitato dall'elemento pena, fino ad annullarvisi».

147 U. Romagnoli, *op. cit.*, p. 92. A margine della valutazione espressa dall'insigne Giurista, si vuole, però, far notare come il medesimo pare cadere nella «trappola» correzionalistica, quando, richiamando risalente giurisprudenza di merito, evidenziava come lo Stato «curando l'esecuzione della legge che impone il lavoro dei condannati, compie un'alta funzione di educazione e tutela (...) nell'interesse collettivo di tutti i cittadini» (cfr. Trib. Siracusa 12 dicembre 1908, in *Giur. it.*, 1909, I, 2, 90), venendo investito di una sorta di magistero educativo nei confronti del detenuto, simile a quello che ha il *pater familias* sui figli, soggetti *minoris iuris*, «la cui attività lavorativa è completamente fagocitata dall'unico rapporto – quello punitivo – che li lega allo Stato» (U. Romagnoli, *op. cit.*, pp. 93 ss.)

148 G. Novelli, *op. cit.*, p. 27; L. De Litala, *op. cit.*, p. 241; P. Del Curatolo – V. De Siervo, *Il lavoro negli istituti penitenziari*, in *Rass. studi penit.*, 1957, pp. 485 ss. Critici in merito, G. Tranchina, *op. cit.*, p. 144 ss.

149 In tal senso v. S. Longhi, *Di una carta del lavoro carcerario*, in *Riv. Pen.*, 1932, pp. 725 ss.; G. D'Aniello, *op. cit.*, 859; F. Saporito, *Aspetti particolari del lavoro carcerario*, in *Riv. dir. penit.*, 1935, pp. 1235 ss., spec. pp. 1239 ss.; A. Borzacchiello, *La grande riforma*, cit., pp. 142 ss. Positivamente, sulla l. n. 547/1932 G. Marcello, *La realtà del lavoro penitenziario nella regione Piemonte*, in *Il lavoro penitenziario. Realtà e prospettive*, Atti del convegno nazionale sul lavoro penitenziario svoltosi a Reggio Calabria il 27 novembre 1987, Roma, Gangemi Editore, 1988, pp. 53 ss., p. 54. Critico, invece, è G. Neppi Modona (*Carcere e società civile*, cit., p. 1973), secondo cui la l. n. 547/1932 viene «pomposamente definita da Longhi «Carta del lavoro carcerario», nascondendosi tutte le contraddizioni di questo istituto».

150 Sul lavoro carcerario in epoca fascista v. G. Novelli, *op. cit.*; S. Longhi, *op. cit.*, p. 725; G. D'Aniello, *op. cit.*, 859; F. Saporito, *op. cit.*, pp. 1239 ss.; T. Cicinelli, *L'obbligatorietà del lavoro domestico dei reclusi*, in *Riv. dir. penit.*, 1941, pp. 235 ss. Per una lettura post fascista della normativa emanata nel 1931, inforcando le «lenti del giuslavorista», v. G. Pera, *op. cit.*, pp. 54 ss.

151 Sui criteri empiricamente impiegati in passato dagli Agenti di Custodia per l'assegnazione

le scelte, specie per l'importanza attribuita alla buona condotta del recluso, requisito a sua volta essenziale per l'attribuzione del lavoro (v. art. 119, r.d. n. 787/1931)¹⁵².

I principi ispiratori della disciplina del lavoro dei detenuti e le relative modalità organizzative sostanzialmente non mutavano rispetto alle prescrizioni previste dal precedente regolamento carcerario del 1891. Quanto ai primi, permaneva l'afflittività del lavoro ed il collegamento stretto tra quest'ultimo e la pena, in considerazione del fatto che la sanzione irrogata per il reato si scontava anche con lo svolgimento del primo; mentre, dal punto di vista economico, si passava dalla gratificazione per il lavoro svolto alla mercede, utilizzando un concetto sostanzialmente para-sinallagmatico (cfr. art. 125, r.d. n. 787/1931)¹⁵³.

Si offriva, altresì, la possibilità ai detenuti di lavorare non solo all'interno degli stabilimenti, ma anche all'esterno del muro di cinta (c.d. lavoro all'aperto)¹⁵⁴, si pensi all'impiego dei carcerati nell'opera di bonifica o di dissodamento dei terreni¹⁵⁵, finalizzata alla progressiva e graduale cessione dei terreni, migliorati, ai lavoratori liberi¹⁵⁶. Singolare, inoltre,

dell'utenza al lavoro v. G. Baldazzi, *Il lavoro carcerario*, in *Scuole pen. unit.*, 1930, pp. 144 ss., spec. p. 146.

152 Qualifica come «borbonica» la normativa sul lavoro penitenziario ante O.P., E. Fassone, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., pp. 157 ss., spec. p. 160.

153 Invero, di mercede già parlava G.B. Massone (*op. cit.*, pp. 82 ss.), con riferimento ai «forzati operai» nei bagni marittimi sardi, presente anche prima del 1841, visto che la classificazione delle paghe venne modificata nelle Regie Determinazioni del 1841 dal sovrano savoiardo.

154 Sul lavoro all'aperto v. D. Grandi, *op. cit.*, pp. 144 ss.

155 A. Garofalo (*Il lavoro come mezzo di recupero sociale del condannato*, in *Rass. studi penit.*, 1957, pp. 473 ss., spec. p. 476) osservava come il lavoro agricolo fosse particolarmente indicato per la popolazione detentiva per diversi motivi. In primo luogo, si evidenziava la prevalente qualità di contadino dei condannati; in secondo luogo, la produzione agricola aveva buone possibilità di essere assorbita dalla comunità carceraria e da quella circostante; infine, quanto all'opera di bonifica agraria, secondo l'A., essa avrebbe dovuto essere prevalentemente affidata alle comunità carcerarie, così da assicurare ai detenuti un migliore e più sano tenore di vita, ricollocando altresì il detenuto nel suo ambiente naturale, migliorando al contempo le proprie capacità lavorative. Al contrario L. Dworzak (*Il lavoro penitenziario agricolo nella legislazione e nella pratica*, in *Riv. dir. penit.*, 1934, pp. 285 ss., spec. p. 287) evidenziava come, specie nelle colonie agricole della Sardegna, il lavoro rurale non fosse affatto pieno di fascino e d'incanto, «anzi, sovente costituisce un lavoro assai più duro e difficile di quello d'officina».

156 Sui risultati raggiunti con le bonifiche agrarie e sul paradigma rappresentato dalla colonia agricola di Castiadas, restituita ai coloni nel 1939, v. P. Quaglione, *op. cit.*, pp. 133 ss. Sulle bonifiche agrarie, v. G. D'Aniello (*op. cit.*, 856), che cita due leggi precorritrici sull'utilizzazione dei detenuti per tali opere, e cioè, la l. 2 agosto 1897, n. 982, il cui art. 16 autorizzava il governo a concedere l'opera dei condannati a privati coltivatori diretti per lavori di bonificazione, irrigazione e trasformazione delle terre; la l. 13 dicembre 1903, n. 474, sulla bonifica dell'agro romano, che autorizzava la concessione dei detenuti per

era la disposizione che consentiva di valorizzare l'impiego dei detenuti di particolare cultura o di eccezionale capacità tecnica (art. 121, r.d. n. 787/1931), che altrimenti non avrebbero potuto continuare ad esercitare l'arte o la professione praticata durante la vita libera.

Invero, però, il fenomeno più importante che contraddistingueva il periodo storico in esame, con una scia applicativa protrattasi ben oltre l'entrata in vigore della Costituzione, è stato il c.d. appalto di manodopera carceraria, risalente a qualche anno prima (d.m. 10 marzo 1926 – abrogato implicitamente dall'O.P.)¹⁵⁷.

In pratica, le direzioni d'istituto, previa richiesta da parte delle ditte private interessate¹⁵⁸, potevano autorizzare queste ultime a condurre, direttamente e sotto la loro responsabilità tecnica e finanziaria, le officine ed i laboratori presenti in carcere, quando non operanti "in economia"¹⁵⁹. A ben guardare, però, l'utilizzazione diretta del prestatore d'opera implicava una trilateralità del rapporto tra detenuto, amministrazione penitenziaria e impresa¹⁶⁰, più apparente che reale¹⁶¹, manifestandosi perplessità in ordine alla riconducibilità della fattispecie al c.d. appalto di manodopera, essendo più calzante, invece, la più moderna somministrazione di lavoro¹⁶².

La modalità di impiego delle risorse delle lavorazioni rappresentava

l'opera di costruzione delle strade. Sempre sulle bonifiche agrarie, realizzate mediante l'opera dei detenuti, cfr. D. Grandi, *op. cit.*, p. 136. Sull'illusorio nesso tra bonifica agraria, effettuata con i condannati e lavoro carcerario, v. G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, cit., pp. 1936–1942. Sul lavoro penitenziario agricolo in generale e non solo in Italia, v. L. Dworzak, *op. cit.*, pp. 285 ss.

157 Il d.m. 10 marzo 1926, che contiene il capitolato d'oneri mediante cui «l'amministrazione "concede" la "mano d'opera" di detenuti (assimilando il capitolo medesimo ad una "locatio hominis", della quale è oggetto se non la stessa persona, almeno il corpo del detenuto) e non già "(...) la esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera (...) (...)», costituisce la condizione necessaria per rendere possibile la prestazione di lavoro subordinato del detenuto in favore di privati, dalla quale discende (ai sensi dell'art. 36, primo comma, della Costituzione) il "diritto" fatto valere» dal lavoratore detenuto (Pret. Parma 19 dicembre 1977, in *Dir. lav.*, 1978, II, p. 100, con nota di R. Pessi, *Il rapporto di lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese appaltatrici*, *ivi*, pp. 103 ss.). Per alcune riflessioni sul capitolato d'oneri v. G. Pera, *op. cit.*, p. 58.

158 Sui metodi di aggiudicazione degli appalti, v. A. Passaretti, *Il lavoro carcerario con particolare riguardo alla posizione dell'imprenditore privato*, in *Giust. pen.*, 1971, I, pp. 385 ss., spec. p. 392, nota 25.

159 In merito v. G. Pera (*op. cit.*, p. 55), secondo il quale si verserebbe in una situazione di divieto ex art. 1, l. n. 1369/1960.

160 Cfr. R. Rustia, *op. cit.*, p. 79.

161 V. O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 449.

162 Così, R. Pessi, *op. cit.*, pp. 111 – 112, nota 28, che accosta la fattispecie in questione al modello francese del *travail interimaire*. In giurisprudenza, cfr. Pret. Parma 19 dicembre 1977, cit.

il profilo più interessante. Quanto a quelle materiali, l'imprenditore utilizzava propri macchinari e materie prime; con riferimento alle risorse umane, invece, l'impresa era autorizzata a impiegare i detenuti, in base ad uno speciale "contratto di cessione di manodopera", stipulato con l'amministrazione carceraria, reso possibile per la particolare natura del lavoro carcerario¹⁶³.

Il lavoro dei detenuti presso queste lavorazioni era, peraltro, caratterizzato da una prima forma di "chiamata nominativa", atteso che la somministrazione del personale, pur riguardando un determinato numero di unità da impiegare (non riducibile dall'imprenditore), avveniva in base ad una valutazione operata dall'impresa, che sceglieva i detenuti ritenuti più adatti per le singole lavorazioni¹⁶⁴. Competeva all'amministrazione carceraria, invece, il profilo della disciplina e della sicurezza interna dei laboratori.

Questa forma di impiego della manodopera carceraria, col passare del tempo e la formazione di un'opinione pubblica più sensibile alle esigenze dei diritti del lavoratore tout court, è stata oggetto di feroci critiche, indirizzate sia verso le imprese utilizzatrici¹⁶⁵, sia verso l'amministrazione carceraria¹⁶⁶, accusate di lucrare sulla pelle e sulla

163 Cfr. C. Erra, (*voce*) *Lavoro penitenziario*, in *E.D.*, XXIII, 1973, pp. 565 ss., p. 566.

164 *Contra*, A. Passaretti, *op. cit.*, 391, che evidenzia come fosse la direzione a scegliere i lavoratori ritenuti più qualificati. L'impresa a sua volta poteva esigere l'esonero dall'officina del detenuto che desse prova ripetuta e costante di incapacità o scarsa produttività (art. 56, d.m. 10 marzo 1926).

165 Sullo sfruttamento dei detenuti da parte delle imprese private, in violazione della l. n. 1369/1960 cfr. E. Fortuna (*Il lavoro carcerario nel progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, pp. 647 ss., p. 649), che riferisce di un'interrogazione parlamentare proposta dall'allora Senatore Viglianesi al Ministro della Giustizia, Cons. Reale, di cui dà conto il quotidiano "Avanti", del 22 novembre 1966. In merito, v. R. Pessi (*op. cit.*, pp. 108 ss.), che ritiene irrilevanti le giustificazioni rese dal Ministro a fronte dell'interrogazione, nella misura in cui «l'amministrazione carceraria opera come vera e propria intermediatrice del lavoro, realizzando così una fattispecie analoga a quella prevista e regolata dall'art. 1 della legge 1369/1960». Evidenziava, come, il c.d. appalto carcerario trovasse legittimazione proprio da leggi speciali apposite, quindi derogatorie rispetto alla l. 1369/1960, G. Ardaù, *Manuale di diritto del lavoro*, I, Milano, Giuffrè, 1972, p. 885, nota 14; *contra*, R. Rustia, *op. cit.*, pp. 80 ss.), secondo cui i detenuti lavoratori presso le lavorazioni appaltate, poiché occupati in violazione della l. n. 1369/1960, avrebbero dovuto essere considerati occupati direttamente presso l'impresa appaltatrice, evitando trattamenti deteriori rispetto ai dipendenti liberi. L'opinione ufficiale dell'allora Direzione Generale degli Istituti di Prevenzione e Pena era ovviamente diversa e favorevole alle imprese, come dimostra circ. Min. Grazia Giust. 12 gennaio 1971, n. 1922/4379 (in *Rass. studi penit.*, 1971, p. 561), che negava il rapporto diretto tra detenuto e impresa, in palese violazione di legge. In generale sui nessi tra l. n. 1369/1960 e lavoro carcerario, cfr. Mazzotta, *op. cit.*, pp. 444 - 453.

166 Sul punto v. le crude pagine di I. Invernizzi, *Il carcere come scuola di rivoluzione*, Torino,

pena dei detenuti, non mancando, però, opinioni dissenzienti, che si schieravano in difesa delle lavorazioni in appalto¹⁶⁷. La Costituzione della Repubblica, a differenza di quanto accadeva nel passato prossimo, colloca il lavoro al centro del nostro sistema giuridico¹⁶⁸, cambiando altresì il modo di intendere la pena, ma non l'istituzione deputata alla sua esecuzione, ancora contraddistinta da un'accentuata impermeabilità rispetto al mondo esterno, da un clima di violenza che ne ha connotato l'intera storia, da una rigida burocratizzazione dell'A.P., che incide sulle condizioni sia dell'utenza, sia del personale¹⁶⁹.

Nonostante il mutamento evidente dei valori alla base del nostro ordinamento, rispetto a quelli imperanti nel ventennio¹⁷⁰, il r.d. n. 787/1931 ha conservato la propria efficacia fino al 1975, quando il legislatore è riuscito a varare la riforma penitenziaria, senza, però, metter mano alla codificazione penale del 1930¹⁷¹.

Einaudi, 1973, parte seconda, sez. "il lavoro".

167 Positivamente sul sistema dell'appalto P. Quaglione, *op. cit.*, p. 132; A. Passaretti, *op. cit.*, p. 387; ma in critica v. R. Rustia, *op. cit.*, p. 81, nota 37. Invero, ciò che i sostenitori dell'appalto non coglievano era l'intima connessione tra sfruttamento e somministrazione di detenuti, a causa della mancata equiparazione del lavoro dei detenuti rispetto a quelli liberi, magari occupati all'esterno presso la medesima impresa, realizzandosi una evidente disparità di trattamento tra i due gruppi di dipendenti.

168 E. Ales (*Famiglia e sicurezza sociale nei principi costituzionali*, in *Dir. lav.*, I, pp. 405 ss., spec. p. 423) parla, giustamente, di «particolare impostazione ed interpretazione "ergocentrica" (...) della Costituzione italiana».

169 Questa è l'opinione tuttora attuale e condivisibile di G. Neppi Modona, (*voce*) *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, IX, 1995, pp. 41 ss., spec. p. 43 ss. Adde, M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 20 ss.; sul rapporto tra Assemblea Costituente e O.P., v. Bellomia, 1980; sul dibattito in Assemblea Costituente, cfr. G. Fagiolo, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Roma, Edizioni Logos, 1992, 277 ss. Invero, pare alquanto strano che si possa parlare di indifferenza sull'argomento da parte dei Costituenti, specie se si considera che molti di essi hanno sperimentato le galere fasciste (v. E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., p. 71). Con riferimento specifico all'attenzione dedicata al lavoro carcerario in Assemblea Costituente, l'on.le Della Seta evidenziava come la riabilitazione del condannato dovesse essere realizzata «attraverso il lavoro quale modo di riparazione del danno arrecato all'ordine sociale dal fatto delittuoso» (Atti Ass. Cost. - D. I, 735).

170 G. Di Gennaro (*op. cit.*, pp. 106 ss., spec. p. 110), invece, esprime un giudizio positivo sulla presenza delle regole minime in tema di umanità della esecuzione penitenziaria nel r.d. 787/1931. Ritiene, invece, che il regolamento del 1931 fosse indifferente rispetto alle problematiche rieducative, deducendo ciò dalla disciplina del lavoro carcerario, E. Fassone, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, cit., p. 158.

171 Sui tentativi di riforma dell'O.P. prima del 1975, v. G. Di Gennaro – M. Bonomo – R. Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 9 ss.

7. *Il lavoro carcerario nel nuovo Ordinamento Penitenziario*

Ad una Carta Fondamentale ove si costituzionalizza la rieducazione come funzione (tendenziale) della pena ed il lavoro come elemento fondamentale di appartenenza del cittadino alla comunità nazionale, corrisponde la resistenza per trent'anni (1948–1975) dell'idea del lavoro–parte della pena e della sua obbligatorietà per condannati e internati (cfr. artt. 22–25 c.p., e 1, r.d. n. 787/1931), con una disciplina regolamentare palesemente discriminatoria tra lavoratori liberi e detenuti (v. artt. 114 ss., r.d. n. 787/1931)¹⁷², che non può neanche beneficiare degli interventi della Corte Costituzionale¹⁷³, a causa della c.d. questione qualificatoria, cioè, della natura regolamentare della disciplina penitenziaria, come tale non sindacabile dal Giudice delle leggi¹⁷⁴.

Invero, è la vision stessa del lavoro penitenziario ad essere viziata da pregiudizi politico–ideologici, minata alla radice da un paternalismo e da un'ipocrisia giuridica¹⁷⁵, che ne influenza non solo la disciplina,

¹⁷² Sul tema v. E. Bernardi, *op. cit.*, p. 85.

¹⁷³ Sulla successiva azione supplente, svolta dalla Corte Costituzionale in materia di diritto penitenziario, v. A. Morrone, *Il diritto alle ferie per i detenuti*, nota a Corte Cost. 22 maggio 2001, n. 158, in *Giur. Cost.*, 2001, II, pp. 1270 ss., p. 1273.

¹⁷⁴ Apprezzano, anche per questo motivo, l'impiego dello strumento legislativo per l'approvazione dell'O.P., E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., p. 147; V. Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., pp. 1 ss., spec. p. 6; G. Casaroli, *La semilibertà*, in G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 235 ss., spec. p. 236; G. Di Gennaro – M. Bonomo – R. Breda, *op. cit.*, p. 4; G. La Greca, *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. I) Linee generali e sviluppo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 875 ss.; A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. V. Sul tema, cfr. M. Barbera, *Il lavoro carcerario (art. 19)*, in T. Treu – F. Liso – M. Napoli (a cura di), *Legge 28 febbraio 1987, n. 56. Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, pp. 728 ss., spec. pp. 729–730; *Idem*, (voce) *Lavoro carcerario*, in *N.D.D.P., sez. comm.*, 1992, VIII, pp. 212 ss., spec. p. 213. Secondo S. Vitello (*Lavoro penitenziario: brevi riflessioni alla luce della sentenza n. 1087 del 30 novembre 1988*, nota a Corte Cost. 13 dicembre 1988, n. 1087, in *Cass. Pen.*, 1989, pp. 852 ss.), il regolamento carcerario appartiene alla *species* dei regolamenti indipendenti. Critica la valutazione della Corte, G. Amato, *Regolamenti anteriori con forza di legge*, in *Dem. dir.*, 1968, pp. 567 ss., secondo il quale i regolamenti in questione sarebbero dotati di forza di legge e dunque sottoponibili al giudizio di costituzionalità. La tesi di Amato pare a sua volta trovare conferma, quanto meno con riferimento alla capacità del giudice *a quo* di sollevare la questione di legittimità costituzionale, in alcune sentenze della Corte Costituzionale (27 giugno 1968, n. 72; 10 luglio 1968, n. 91; 20 marzo 1970, n. 40, tutte in www.giurcost.org), sull'esclusione del r.d. n. 787/1931 al sindacato di costituzionalità, perché atto non avente forza di legge, come riferiscono G. Di Gennaro – M. Bonomo – R. Breda, *op. cit.*, p. 5, nota 3.

¹⁷⁵ V. E. Fassone, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*,

ma anche l'organizzazione, arretrata e disomogenea rispetto alla realtà esterna¹⁷⁶. Infatti, il lavoro viene spesso visto come fattore rieducativo o di redenzione morale in sé¹⁷⁷, in grado di ridurre la pigrizia, facile a radicarsi in istituto, regolarizzando la vita del reo¹⁷⁸ e distraendolo da «cupe meditazioni»¹⁷⁹.

Solo con il nuovo O.P. si spazza via la vecchia regolamentazione fascista, passandosi dal lavoro-parte integrante della pena, al lavoro-elemento fondamentale del trattamento del condannato e dell'internato¹⁸⁰, nonostante la non condivisibile e difforme opinione, espressa da dottrina penitenziaristica minoritaria¹⁸¹.

cit., p. 161.

176 V. U. Romagnoli, *op. cit.*, pp. 96 ss.; M. Barbera, *Il lavoro carcerario (art. 19)*, cit., pp. 729 ss.; *Idem*, (voce) *Lavoro carcerario*, cit., pp. 212 ss. In merito, v. soprattutto Corte Cost. 22 novembre 1974, n. 264 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pp. 262 ss., spec. p. 270) secondo cui «il lavoro, ben lungi dall'essere in contrasto con la morale esigenza di tutela e rispetto della persona è gloria umana, precetto religioso per molti, dovere e diritto sociali per tutti (art. 4 Cost.) e reca sollievo ai condannati che lavorando, anche all'aperto, come consente l'art. 22 c.p. nel nuovo testo risultante dalla novella del novembre 1962, godono migliore salute fisica e psichica, conseguono un compenso e si sentono meno estraniati dal contesto sociale». Alcune considerazioni fortemente critiche su Corte Cost. 22 novembre 1974, n. 264, sono espresse da M. Pavarini, *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 262 ss., spec. pp. 269 – 272.

177 V. L. De Litala, *op. cit.*, p. 241; P. Del Curatolo – V. De Siervo, *op. cit.*, p. 485; P. Quaglione, *op. cit.*, p. 21; E. Eula, *Il lavoro carcerario nella economia della espiazione, della purificazione, della redenzione*, in *Iustitia*, 1958, 1, p. 9 ss., spec. pp. 10 ss.; Erra, 1973, 565. Critico, M. Pavarini, *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario*, cit., p. 270.

178 Cfr. C. Erra, *L'organizzazione del lavoro carcerario*, cit., p. 311; *Idem*, (voce) *Carcerati e dimessi dal carcere*, in *E.D.*, 1960, VI, pp. 281 ss., p. 282.

179 N. Reale, *Rieducazione del condannato*, in *Rass. studi penit.*, 1957, pp. 447 ss., p. 466. Emblematiche a riguardo erano le parole con cui G.B. Massone (*op. cit.*, pp. 73) apriva il quarto capitolo del volume sui bagni marittimi sardi: «Quale momento di gioia prova il condannato nel primo istante che, tolto alle sue pungenti riflessioni, vien chiamato dalla campana dell'aurora al lavoro!».

180 Su tale importante passaggio sia consentito il rinvio a V. Lamonaca, *Il lavoro dei detenuti*, cit., pp. 65 ss., e soprattutto alla dottrina ivi citata. A livello giurisprudenziale, poi, qualificano il lavoro come valore centrale per il nostro sistema penitenziario, Cass. 3 febbraio 1989, n. 685, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 140, con nota di F.M. Ferruta, *Sulle modalità di percezione della retribuzione da parte del detenuto semilibero*, e Corte Cost. 22 maggio 2001, n. 158, in *Mass. giur. lav.*, 2001, pp. 1226 ss., con nota M.N. Bettini, *Ferie e parità di trattamento dei detenuti*, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 1246 ss., con nota di F. Della Casa, *Il riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che lavora*.

181 Così M. Monteleone, *Aspetti teorici e operativi del lavoro dei detenuti*, in *Aa.Vv.*, *Il lavoro dei detenuti*, in *Foro it.*, 1986, I, cc. 1438 ss., secondo la quale al lavoro «è, almeno formalmente, assegnato un ruolo non secondario» a livello trattamentale, come si può constatare dalla sua collocazione immediatamente successivo all'elemento dell'istruzione. Si ritiene di dover dissentire dall'opinione da ultimo riportata, che pare essere frutto di una lettura eccessivamente formalistica del dato normativo (art. 15 O.P.), che riporta prima l'istruzione e poi il lavoro nella enumerazione degli elementi del trattamento, omettendo ogni riferimento alla formazione professionale, salvo a non ricondurla all'istruzione. La valenza del lavoro quale elemento fondante della Repubblica, oltre che principale fattore di integrazione sociale, non può che porlo

Il lavoro nell'O.P. (art. 20) e nel codice penale (artt. 22 – 25) mantiene ancora un vetusto carattere obbligatorio, quanto meno per i condannati e per gli internati sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro. L'obbligatorietà non sussiste, invece, per le persone sottoposte alle misure di sicurezza della casa di cura e custodia e dell'ospedale psichiatrico giudiziario, per le quali l'assegnazione al lavoro è prevista solo per finalità terapeutiche (c.d. ergoterapia); ovviamente, gli imputati non sono soggetti all'obbligo del lavoro, poiché il loro «trattamento» deve essere rigorosamente informato al principio di non colpevolezza¹⁸².

L'«utilità sociale» del lavoro carcerario¹⁸³, specie se si svolge all'esterno del muro di cinta nelle forme delle c.d. misure alternative¹⁸⁴, trova generale condivisione¹⁸⁵, sia per la riduzione della recidiva¹⁸⁶, sia per la

al vertice della scala di valori cui si ispira il trattamento penitenziario. La centralità del lavoro in ambiente detentivo è evidente nelle dinamiche trattamentali, ed è fattore determinante nel mitigare la comparsa e la progressione, nella personalità dei detenuti, di quel complesso fenomeno di graduale adattamento del recluso alla subcultura carceraria, che viene definito dogmaticamente come «prigionizzazione» (*prisonization*) del condannato. Sulla limitazione dei danni da prigionizzazione, obiettivo del c.d. trattamento rieducativo, v. L. Daga, (voce) *Sistemi penitenziari*, cit., 1992, 773 ss. Sulla nascita del concetto di *prisonization* v. D. Clemmer, *The Prison Community*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1958.

182 Cfr. ancora V. Lamonaca, *Il lavoro dei detenuti*, cit.

183 Sul lavoro carcerario, come «esempio di “utilità sociale”, non per quel che si fa, ma per il solo fatto di svolgere un'attività», v. M. Miscione, *L'uomo e il lavoro*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Padova, Cedam, 2005, t. I, pp. 193 ss., spec. p. 211.

184 «Dovremmo batterci per avere un po' meno carcere (...)». Questa affermazione, di N. Amato, *Intervento, in Sistema carcerario e umanizzazione delle pene*, in *Dem. dir.*, 1986, V, pp. 157 ss., animava il dibattito all'indomani dell'emanazione della l. n. 663/1986 (c.d. legge Gozzini). Sul punto v. anche M. Vitali, *Il lavoro penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2001, p. XVI.

185 Isolata, e non condivisibile, è la posizione di M. Pavarini, *La nuova disciplina del lavoro dei detenuti nella logica del trattamento differenziato*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (L. 10 ottobre 1986 n. 663)*, Padova, Cedam, 83 ss., spec. p. 87, che si interroga sui motivi che dovrebbero indurre a prestar fede «alle virtù miracolose della subordinazione e della disciplina del lavoro nel carcere», alla luce dei mutamenti del carcere e della sofferenza legale in generale. Lo scetticismo sull'efficacia del lavoro e della formazione in ambito penitenziario percorre l'intera produzione scientifica di M. Pavarini [*Premessa. Prison work rivisitato. Note teoriche sulle politiche penitenziarie nella post modernità*, in M. Grande – M.A. Serenari (a cura di), *In-out: alla ricerca delle buone prassi. Formazione e lavoro nel carcere del 2000*, Milano, Franco Angeli, pp. 7 ss., spec. p. 8], secondo il quale «esistono buone e fondate ragioni per ritenere che questa speranza debba considerarsi definitivamente illusoria, ed insistervi pur di fronte ai palesi fallimenti di ogni volontà riformatrice agita attraverso di essa, non solo è segno di pigrizia politica-culturale, ma sempre più rischia di trasformarsi in un esercizio reazionario in quanto cieco rispetto al *novum*».

186 V. P. Zarrella, *Osservazioni in tema di lavoro e di istruzione negli istituti di prevenzione e di pena*, in *Rass. st. penit.*, 1975, 905 ss., p. 910; M. Monteleone, *op. cit.*, 1986, p. 1446; K.E. Maguire – T.J. Flanagan – T.P. Thornberry, *Prison Labor and Recidivism*, in *Journal of quantitative criminology*, 1988, n. 1, pp. 58 ss.

realizzazione di una vera integrazione “dentro–fuori”, nell’ottica di una reale assistenza post-penitenziaria¹⁸⁷, mediante percorsi di inclusione sociale, che contribuiscano all’acquisizione di una professionalità (lecita)¹⁸⁸ spendibile all’esterno da parte del reo¹⁸⁹.

La soppressione del c.d. appalto carcerario¹⁹⁰, unitamente ad altre novità¹⁹¹, portano ad un arricchimento del patrimonio giuridico del lavoratore–detenuto¹⁹², il quale può ora fruire anche della medesima

187 Sulle difficoltà incontrate nella ricerca del lavoro dal soggetto dimesso v. già C. Erra, *L'organizzazione del lavoro carcerario*, cit., p. 287, che proponeva l’istituzione di «assistenzari per i liberati destinati ad ospitare il liberato che non ha una famiglia cui appoggiarsi, o che non saprebbe come vivere», ora improponibile per motivi di ordine sia giuridico, sia economico.

188 M. Pavarini, *Premessa. Prison work rivisitato*, cit., p. 10, ritiene che l’inclusione sociale del delinquente attraverso la formazione ed il lavoro sia pura ideologia, poiché «chi sceglie l’illegalità alla legalità del lavoro è comunque alla disciplina di questo socializzato (...). Chi delinque è oramai cosciente di comportarsi secondo l’etica e la disciplina del lavoro. Anche il crimine è sempre più e soltanto un lavoro». Invero, va respinta fermamente questa tesi, in quanto l’educazione al lavoro illegale si fonda su principi e valori che non sono certamente quelli costituzionali, ed è alla rivalutazione di questi che deve puntare il sistema dell’esecuzione penale. Il fatto che il delinquente ben conosca la fatica del lavoro, il concetto di organizzazione e di disciplina, in quanto collegato al contesto criminale, gli aspetti complessivi della subordinazione, non possono portare ad equiparare l’attività di cui agli artt. 1–4, 35 ss. Cost., a quella svolta a livello delinquenziale.

189 Sull’importanza degli effetti dell’equiparazione tra lavoro in carcere e libero per finalità di inclusione sociale, v. F. Roselli, *Il lavoro carcerario*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, Ipsoa, 2000, pp. 114 ss., spec. p. 115.

190 M.P. Li Donni (*Sul lavoro dei condannati e degli internati nel sistema penitenziario italiano*, in *Dir. fam.*, 1979, pp. 999 ss., spec. p. 1001), E. Fassone (*Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, cit., p. 167), M.N. Bettini, [(voce) *Lavoro carcerario*, in *E.G.T.*, 190, XVIII, pp. 1 ss., spec. p. 2] e F. Roselli (*op. cit.*, p. 115) riconducono la soppressione dell’appalto carcerario, operata dall’OP, alla necessità di eliminare il contrasto tra questo e la l. n. 1369/1960; allo stesso modo L. Nogler, *Lavoro a domicilio (Art. 2128)*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 299. Parlano, invece, di disapplicazione della l. 1369/1960 con riferimento al sistema delle lavorazioni penitenziarie in appalto, R. Ciccotti – F. Pittau (*Il lavoro in carcere*, cit., p. 61), che ribadiscono la piena applicazione della l. 1369/1960 (pag. 82); sul contrasto tra il sistema dell’appalto carcerario e la l. 1369/1960, cfr. S. Tonon [*Il lavoro dei detenuti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, Utet, 1998, pp. 222 ss., spec. p. 223; *Idem*, *Il lavoro dei detenuti*, *ibidem*, 2a ed., 2007, pp. 2067 ss., spec. p. 2069] e M. Barbera, *Il lavoro carcerario (art. 19)*, cit., p. 734; *Idem*, (voce) *Lavoro carcerario*, cit., p. 217 (che evidenzia la coincidenza tra il capitolato d’oneri ex d.m. 10 marzo 1926 con la fattispecie vietata dalla l. n. 1369/1960). Per alcuni riferimenti interni all’A.P. in materia di lavoro esterno, v. circ. Min. Giust. 3 luglio 1976, n. 2338/4792; 27 settembre 1976, n. 2360/4814; 14 dicembre 1976, n. 2376/4830; 20 giugno 1977, n. 2435/4888, in *Rass. studi penit.*, 4-5/1977, pp. 657 ss.

191 Qualifica «lacunosa» la disciplina del lavoro penitenziario adottata con l’O.P., M.P. Li Donni, *op. cit.*, p. 999. Anche per G. Tamburino, *Il lavoro nelle misure alternative e la “rieducazione” dei detenuti*, in Aa.Vv., *Lo stato di attuazione della riforma penitenziaria e il ruolo degli enti locali*, Venezia, Marsilio, 1979, pp. 73 ss., spec. 80) il rapporto tra detenzione e lavoro, quanto ai profili della sua disciplina, presenta diversi circoli viziosi, non risolti all’epoca dal legislatore.

192 La locuzione di lavoratore - detenuto non è utilizzata a caso, come insegna G. Muci (*Le*

giurisdizionale offerta al lavoratore “libero”¹⁹³, con l’effetto di aumentare il relativo costo del lavoro, diminuendo, così, il numero degli occupati¹⁹⁴, come emerge a livello statistico¹⁹⁵.

Durante i suoi trentacinque anni di applicazione l’O.P. ed il lavoro penitenziario in particolare, subiscono diversi rimaneggiamenti (l. 10 ottobre 1986, n. 663¹⁹⁶, l. 12 agosto 1993, n. 296, l. 27 maggio 1998, n. 165, l. 22 giugno 2000, n. 193), anche se la novità più importante riguarda l’istituzione nel complesso, che gradualmente si apre all’esterno, tenta di ridurre le tensioni interne e opera un ricambio di personale,

organizzazioni sindacali di fronte alla riforma penitenziaria, in M. Cappelletto – A. Lombroso (a cura di), *op. cit.*, pp. 118 ss., spec. p. 122), secondo cui «Il detenuto – lavoratore deve diventare il lavoratore – detenuto, con un capovolgimento non solo formale ma concretamente sostanziale dell’ottica in cui si svolge l’esecuzione della pena». Per assicurare tale risultato al detenuto vanno garantiti tutti i diritti costituzionali in materia lavoristica, così da arricchirne la personalità umana e invertire il rapporto disumano tra carcere e recluso. Condividono quanto affermato da Muci, anche F. Mortillaro, *La retribuzione*, Roma, Bardi Editore, 1979, p. 206; G. Tranchina, *op. cit.*, p. 149 ss.; G. Borsini, *Prelievo dalla mercede dei detenuti lavoratori di una quota destinata all’assistenza delle vittime del delitto: legittimità, limiti e tutela dei diritti dei detenuti*, nota a Trib. Sorv. Roma o.d.s. 20 maggio 1985, in *F.L.*, III, cc. 238 ss., spec. c. 243; G. Baldassini – Faini, *Il lavoro carcerario*, in F. Ferracuti (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol. XI – *Carcere e trattamento*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 465 ss.; G. Galli, *La Corte Costituzionale ritorna sulla mercede dei detenuti*, nota a Corte Cost. 18 febbraio 1992, n. 49, in *Dir. lav.*, 1993, II, pp. 38 ss., spec. p. 50; P. Caponetti, *La tutela del lavoro penitenziario*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, pp. 123 ss. La considerazione del detenuto lavorante come lavoratore privato della libertà personale emerge anche dagli *Atti del Quarto Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del delitto e il trattamento dei delinquenti*, tenutosi a Kyoto dal 17 al 26 agosto 1970, in *Rass. studi penit.*, 1970, suppl. fasc. VI. Secondo G. Vanacore, *Il lavoro penitenziario e i diritti del detenuto lavoratore*, Working Paper Adapt n. 22/2006, in <http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/Pubblicazioni/WorkingPaperAdapt.html>, p. 4) l’art. 20 OP rappresenta un primo passo avanti verso il superamento della distinzione tra lavoratore non detenuto e detenuto lavoratore. L’auspicio è anche di S. Buzzi, *Intervento*, in *Aa.Vv.*, *Il carcere che lavora*, Roma, Edizioni delle autonomie, 1987, pp. 231 ss., spec. p. 237, secondo cui in tal modo si può assicurare il diritto al lavoro anche in regime di detenzione.

193 In argomento sia consentito il rinvio a V. Lamonaca, *Il lavoro penitenziario tra qualificazione giuridica e tutela processuale*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, pp. 824 ss.

194 Cfr. M. Monteleone, *op. cit.*, c. 1440.

195 Statistiche aggiornate semestralmente sul lavoro dei detenuti sono pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia in apposito link. Di conseguenza, non possono ritenersi affidabili i riferimenti statistici, risalenti ad oltre vent’anni or sono, rinvenibili nelle fonti bibliografiche cui pur fa riferimento R. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 19, nota 8.

196 Secondo E. Bernardi (*op. cit.*, p. 78), l’istituto del lavoro carcerario non è stato integralmente rielaborato con la l. n. 663/1986, ma sono state apportate semplicemente modifiche frammentarie al testo della riforma dell’OP, non riconducibili ad un’unica ratio. Ciononostante, l’A. (p. 111) valuta in modo sostanzialmente positivo gli articoli della l. 663/1986 che si occupano di lavoro. Sulla l. 663/1986, in generale, v. A. Margara, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Quest. Giust.*, 1986, 519 ss.; G. Flora, *op. cit.*; *Aa.Vv.*, *L. 10/10/1986. Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative della libertà*, in *Legis. Pen.*, 1987, 78 ss.

necessario per avere un reale attecchimento dei valori costituzionali, senza indulgere in sterili tentativi correzionalistici¹⁹⁷.

8. Osservazioni conclusive: la riconquista della “provincia del lavoro carcerario” da parte dei giuslavoristi?

Il lavoro carcerario rivela, dunque, una profonda e risalente interconnessione con l'esecuzione penale (interna o esterna alla struttura penitenziaria) e si caratterizza per una evidente trasversalità disciplinare, che, dal punto di vista metodologico, avrebbe reso quanto mai opportuno un “lavoro di squadra”¹⁹⁸, piuttosto che una contrapposizione scientifica tra lavoristi e penitenziaristi, sul riconoscimento dei diritti dei lavoratori–detenuti¹⁹⁹. Invece, come evidenzia acutamente autorevole dottrina, questi ultimi «hanno amministrato la provincia del lavoro carcerario quasi per delega dei giuslavoristi, i quali peraltro non si sono certo fatti pregare»²⁰⁰.

Il tema del lavoro carcerario, vera e propria «cenerentola della dottrina penitenziaristica»²⁰¹, è stato caratterizzato da un isolato dibattito

197 A riguardo non si possono non condividere le parole del G. Bettiol (*Il mito della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., pp. 3 ss., spec. p. 11), secondo cui l'uomo «non può essere costretto all'azione, non può essere costretto alla virtù. L'educazione coatta – quale in ogni caso è quella che viene impartita nelle carceri – non può che recare una ferita profonda alla libertà di orientamento e di coscienza dell'uomo detenuto. Lo Stato non può imporre la virtù. Esso può solo, o meglio deve, creare le condizioni perché l'uomo possa condurre una vita virtuosa onde l'individuo - se lo crede - ne possa approfittare, essendo la virtù il bene di maggior rilievo e significato che l'uomo possa acquisire nel corso della sua esistenza (...). Se tutto questo si nega, si nega la stessa impostazione di libertà». Sulla stessa scia si pone L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 260, che citando J.S. Mill (*On Liberty*, 1861, tr. it. di S. Magistretti, *Saggio sulla libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1981, I, p. 33), secondo il quale «Su se stesso, sulla sua mente, l'individuo è sovrano», evidenzia che «le ideologie correzionalistiche sono prima di tutto incompatibili con quell'elementare valore di civiltà che è il rispetto della persona umana. (...) (esse) contraddicono irrimediabilmente il principio della libertà e dell'autonomia della coscienza». *Contra*, G. Zuccalà, *op. cit.*, pp. 71 ss. Per alcune obiezioni al modello correzionale, v. M. Ripoli, *La rieducazione carceraria nella prospettiva interno/esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1271 ss.

198 Sulla questione metodologica v. P. Giordano, *op. cit.*, p. 332, che auspica, giustamente, «una cooperazione tra penitenziaristi e lavoristi».

199 Sull'atteggiamento scientificamente “minimalista” dei penitenziaristi, v. Vitali, *op. cit.*, p. XV, che parla di «profonda limitazione culturale»; *adde*, P. Caponetti, *op. cit.*, p. 124, che evidenzia l'attenzione di questi verso il solo rapporto punitivo, e non verso il riconoscimento dei diritti.

200 U. Romagnoli, *op. cit.*, pp. 92 ss. Parla di «Orrore dei giuslavoristi in relazione alla disciplina del lavoro penitenziario», E. Bernardi, *op. cit.*, p. 81.

201 Così P. Giordano, *op. cit.*, p. 327.

scientifico²⁰², dove ad un discreto numero di interventi dei penitenziaristi, corrisponde l'episodica presenza lavoristica, determinata anche dalla scarsa giurisprudenza edita²⁰³, ovvero, dalla necessità di aggiornare le voci delle varie enciclopedie giuridiche²⁰⁴, quando tale compito non è assolto dai penitenziaristi stessi²⁰⁵.

Si può, quindi, concludere affermando che l'andamento storico-normativo del lavoro penitenziario ed i più recenti arresti giurisprudenziali²⁰⁶ indicano un rinnovato interesse verso questo istituto, come se fosse stato raccolto l'invito di Umberto Romagnoli a «riprendersi la provincia», rifuggendo, però, dal tentativo di una lettura panlavoristica (e/o pansindacalistica) dell'istituto, e dovendo attribuire pari dignità tanto agli obblighi della persona ristretta, derivanti dal rapporto di esecuzione penale, quanto ai diritti, discendenti dal rapporto di lavoro coniugando, per quanto possibile, teoria e pratica²⁰⁷.

202 Secondo U. Romagnoli, *op. cit.*, pp. 92, gli studi giuridici sul lavoro carcerario sono «rimasti chiusi in un ghetto il cui isolamento dal dibattito culturale non teme confronti. Sarebbe esagerato, tuttavia, addossare esclusivamente al ceto giuridico dei c.d. penitenziaristi una colpa che, invece, è condivisa in larga misura dal legislatore».

203 Da ultimo, a parziale conferma della tesi già sostenuta in V. Lamonaca, *Il lavoro dei detenuti*, cit., cfr. Cass. pen., sez. I, 30 settembre 2011, n. 39557, in *Diritto & Giustizia*, 4 novembre 2011, secondo cui il detenuto che rifiuta un lavoro come inserviente di sezione, adducendo motivi di salute, non è obbligatoriamente soggetto a sanzione disciplinare, ma può vedersi rifiutare la richiesta di liberazione anticipata.

204 M. Barbera, (voce) *Lavoro carcerario*, cit.; M.N. Bettini, (voce) *Lavoro carcerario*, cit.

205 C. Erra, (voce) *Lavoro penitenziario*, cit.; S. Kostoris, *Lavoro penitenziario (voce)*, in *N.D.I., app.*, IV, Torino, 1983, pp. 748 ss.

206 Per la giurisprudenza costituzionale v. Corte Cost. 22 maggio 2001, n. 158, cit., nonché Corte Cost. 27 ottobre 2006, n. 341, in *Cass. Pen.*, 1997, pp. 35 ss., con nota di F. Centofanti, *Lavoro penitenziario e giusto processo*. Per quella di legittimità v. Cass. 26 aprile 2007, n. 9969, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 4; Cass. 22 ottobre 2007, n. 22077, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, pp. 454, con nota di M. Vitali, *Un passo indietro della Corte di Cassazione nell'assimilazione tra lavoro libero e lavoro penitenziario*; Cass. 28 agosto 2009, n. 19017, in *Lav. giur.*, 2010, pp. 20 ss., con commento di S. Spinelli, *Quale giudice per il detenuto lavoratore*; Cass. 26 agosto 2009, n. 18693, in *Guida dir.*, 2009, n. 38, p. 36; Cass. 17 agosto 2009, n. 18309, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2009, 9, p. 1261; Cass. 23 marzo 2010, n. 6952, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, pp. 457 ss., con nota di F. Aiello, *Lo stato di soggezione del lavoratore recluso non fa decorrere la prescrizione in corso di rapporto*.

207 Il lavoro dei detenuti è uno degli ambiti speculativi dove maggiormente si corre il rischio, paventato da N. Bobbio, *Prefazione*, in L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. VII, di incorrere nei «due vizi opposti della teoria senza controlli empirici e della pratica senza principi».

I BAMBINI OSPITATI NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI FEMMINILI CON LE MADRI DETENUTE. IL RUOLO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

SETTIMIO MONETINI *

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Norme per favorire la non istituzionalizzazione. 3. Norme penitenziarie di favore. 4. L'accesso dei minori ai servizi per l'infanzia. 5. Oneri di segnalazione. 6. L'accesso dei minori ai servizi sanitari. 7. La gestione del minore in caso di traduzioni o di utilizzo di automezzi dell'Amministrazione. 8. La nascita del bambino da una madre-detenuta. 9. La valorizzazione della potestà di entrambi i genitori (artt. 31 e 317 c.c.). 10. Oneri di protezione e di vigilanza. 11. L'identificazione del minore. 12. I controlli sul bambino. 13. La tutela dei diritti (cenni). 14. Conclusioni. 15. Allegato: Riferimenti normativi regionali in materia di servizi per l'infanzia. 16. Bibliografia.

1. Premessa

L'istituzione penitenziaria, in coerenza con le attribuzioni delineate nell'ordinamento giuridico e, in particolare, nell'art. 27 della Cost., contribuisce a rispondere alle esigenze di controllo e prevenzione della criminalità. La previsione del diritto della madre detenuta¹ di ospitare

* Dirigente dell'Amministrazione penitenziaria

¹ L'art. 11. ord. pen, comma 7, recita: "Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido". Tale formulazione, immutata dal 1975, riconosce quindi tale diritto sia alle detenute, in custodia cautelare o condannate, che alle internate. Il regio decreto 18 giugno 1931, n. 787, recante "regolamento degli Istituti di prevenzione e pena" ed in vigore fino al 1975, all'art. 58 prevedeva il divieto ai minori degli anni diciotto di visitare gli stabilimenti, ma, all'art. 43, prevedeva che "speciali locali con opportuno arredamento (fossero) destinati alle donne autorizzate dalla Direzione a tener con sé i loro figliuoli che non hanno raggiunto l'età di due anni. Quando i bambini debbono essere separati dalle madri detenute, per aver superato i due anni o per altre ragioni, l'autorità dirigente ne avverte i prossimi congiunti e il locale ufficio dell'Opera nazionale per la protezione della maternità e infanzia". La previsione della possibilità per le detenute ed i detenuti

con sé il figlio, costituisce indubbiamente una misura penitenziaria con finalità sia umanitarie che di recupero sociale della detenuta, in quanto consente alla madre, pur garantendo la sua sottoposizione a pena detentiva o a custodia cautelare in carcere, l'esercizio del ruolo genitoriale in modo compiuto; consente altresì che il bambino non sia privato dall'affetto e dalle cure materne, a beneficio della tutela della sua salute e della sua crescita emotiva e sociale. Tale misura intende quindi valorizzare le dinamiche ed i rapporti familiari, affettivi, relazionali, economici e sociali, in linea con la speciale tutela che la Costituzione appronta all'istituzione familiare (artt. 29, 30 e 31 Cost.)² e alle altrettanto rilevanti finalità di recupero del reo³.

di ospitare i figli di età anche maggiore dei tre anni negli istituti o nelle sezioni penitenziarie a custodia attenuata, trova regolamentazione nella legge 21.4.2012, n. 62.

2 Tra gli interventi, legislativi e non, più recenti, cfr.: legge 28 agosto 1997, n. 285, "Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza"; legge 23 dicembre 1997, n. 451, "Istituzione della Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza e dell'Osservatorio nazionale per l'infanzia"; legge 8 novembre 2000, n. 328, "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"; legge 6 febbraio 2006, n. 38, "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet"; legge 8 febbraio 2006, n. 54, "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli"; legge 9 gennaio 2006, n. 7, "Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile"; decreto del Presidente della Repubblica 14 maggio 2007, n. 103 "Riordino dell'osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza e del Centro nazionale di documentazione e di analisi per l'infanzia..."; decreto del Presidente della Repubblica 21 gennaio 2011, "Terzo Piano biennale di azioni ed interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva"; legge 12 luglio 2011, n. 112, "Istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza"; decreto del Presidente della Repubblica 21 gennaio 2011, "Terzo Piano biennale di azioni ed interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva".

3 Ai sensi dell'art. 27 Cost, 2° e 3° comma, dell'art. 1, comma 5, ord. pen. e dell'art. 277, comma 1, 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, potendo gli stessi esercitare i diritti inviolabili riconosciuti ad ogni persona in quanto tale (art. 2 Cost.); le pene, pertanto, non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (artt. 2 e 3 Cost.) e, ai sensi dell'art. 13, comma 4, Cost., è inibito qualunque attentato all'integrità fisica e alla libertà morale delle persone comunque sottoposte a restrizione della libertà; tra i diritti sicuramente tutelati anche *in vinculis* sono annoverati quelli all'integrità fisica ed alla salute (art. 32 Cost; art. 5 e 11 ord. pen.), quelli relativi alla tutela dei rapporti familiari e sociali (artt. 29, 30 e 31 Cost.; artt. 18, 28, 45 ord. pen.), i diritti all'integrità morale e culturale (artt. 18, comma 6, 19, 26, e 27 ord. pen.), e quello a vedere finalizzata la pena al recupero sociale. Per una disamina, anche in una prospettiva storica, della tutela del legame familiare nel contesto penitenziario, cfr. Settimio Monetini, *La famiglia del detenuto, aspetti criminologici*, Provincia di Terni, Terni, 1993; per approfondimenti su alcuni aspetti specifici, cfr: Luigi Daga, Gianni Biondi, *Il problema dei figli con genitori detenuti*, in E. Caffo (a cura di), *Il rischio familiare e la tutela del bambino*, Guerrini e Associati, Milano, 1988; Chiara Ghetti, *Carcere e famiglia. Gli aspetti del disagio*, in Walter Nanni e Tiziana Vecchiato (a cura di), *La rete spezzata*, Feltrinelli, Milano, 2000; J. Noel, *Bambini che vivono in carcere con la madre detenuta*, in Ernesto Caffo (a cura di), *Il rischio familiare e la tutela*

L'attenzione che l'ordinamento e la sensibilità sociale mostrano sempre più ai diritti dei minori e delle donne, oltre che alla salvaguardia dei diritti delle persone più "deboli" (artt. 2 e 3 Cost.)⁴, ha portato a significativi cambiamenti nelle prassi seguite dall'Amministrazione penitenziaria ma anche nello stesso ordinamento penitenziario; ad esempio, nel tempo, sono state introdotte norme per aumentare la possibilità che si eviti l'internamento del bambino nella struttura penitenziaria insieme alla madre detenuta, favorendo l'accesso di quest'ultima a misure non detentive; inoltre, l'Amministrazione penitenziaria ha progressivamente adottato procedure che favoriscono per questi bambini istituzionalizzati l'accesso alle opportunità e alle risorse sanitarie, educative, psicologiche e materiali riconosciute alla generalità dell'infanzia. Anche a seguito di tali mutamenti normativi e culturali si è andato a delineare negli ultimi anni uno specifico "ruolo" dell'Amministrazione penitenziaria nell'erogazione dei servizi per tali bambini ospitati con le madri detenute nelle sezioni femminili⁵, pur se

del bambino, Guerrini e Associati, Milano, 1988; Sandro Libianchi, *Bambini in carcere*, in *Aggiornamenti sociali*, 3, 2001, pp. 195-205; una estesa trattazione in Gianni Biondi, *Lo sviluppo del bambino in carcere*, Franco Angeli, Milano, 2° ed. 1995.

4 Una rassegna, in *Bambini e adolescenti: affrontare il presente e costruire il futuro, Prima relazione al Parlamento dell'Autorità garante per l'Infanzia e l'adolescenza*, Roma, 18 aprile 2012, nella quale si accenna alla lenta applicazione della legge 21 aprile 2011, n. 62 emanata a tutela del rapporto tra le detenute madri e i loro figli (p. 10).

5 Cfr.: le circolari del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria prott. nn. 308268 del 17.9.2008 e 9952 del 12.1.2012, con le quali si forniscono agli istituti penitenziari uno "schema-tipo" di regolamento interno per i reparti detentivi femminili; l'ordine di servizio n. 1001 del 20.11. 2008 del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria con il quale è costituito un gruppo di lavoro per "dare impulso, coordinamento, uniformità alla costituzione degli istituti a custodia attenuata per madri (ICAM);

Varie iniziative locali sono state intraprese per migliorare l'offerta di servizi per le madri detenute e per i loro figli, anche se raramente in coordinamento o collaborazione con gli enti comunali o regionali, preposti ai servizi per l'infanzia; si richiamano, senza pretesa di completezza: il Protocollo d'intesa per la creazione di una sezione a custodia attenuata per detenute madri del 27 gennaio 2010, tra il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, la Regione Toscana, il Presidente del Tribunale di sorveglianza, l'Opera della divina provvidenza Madonna del Grappa di Firenze e l'Istituto degli innocenti di Firenze; il protocollo sottoscritto l'8 marzo 2012 tra Comune di Sassari ed la Casa circondariale "San Sebastiano" di Sassari per l'inserimento dei bambini in età 3/36 mesi presenti con le loro madri presso la casa circondariale nei servizi per la prima infanzia del Comune di Sassari o nelle strutture private convenzionate; la convenzione sottoscritta il 21.6.2012 tra Comune di Perugia, Nuovo complesso penitenziario di Perugia Capanne ed altri enti, per l'accompagnamento dei bambini ospitati nell'istituto penitenziario ai servizi per l'infanzia esterni; il Protocollo d'Intesa tra Azienda Sanitaria di Firenze e Direzione del Nuovo complesso penitenziario di Sollicciano di Firenze in materia di promozione della salute delle donne e dei bambini presenti nel carcere, del 30.1.2004; il protocollo di intesa sottoscritto il 5.2.2013 tra Amministrazione penitenziaria e S.O.S. Il telefono azzurro ONLUS, per favorire l'accesso delle risorse professionali della Associazione cit.

gli istituti penitenziari non “nascono” come “istituzioni per l’infanzia”.

Tra i fattori che, probabilmente, in tale settore di intervento non hanno contribuito a rendere l’operato dell’Amministrazione penitenziaria sempre adeguato alle esigenze dei minori, si può innanzitutto indicare quello dell’eccezionale complessità delle questioni giuridiche, operative, gestionali ed etiche che emergono in questi casi⁶; ad esempio, spesso si deve operare in un contesto di continuo coinvolgimento di più amministrazioni (in particolare: comuni, enti assistenziali, questure...) e più uffici giudiziari (Tribunali per i minorenni, giudici civili, magistratura di sorveglianza, procure e giudici penali...); ulteriore complessità è data dal fatto che molte madri detenute sono straniere, talora senza residenza anagrafica o di incerta cittadinanza⁷.

In questa sede si intende approfondire specificatamente il tema degli oneri che fanno capo all’Amministrazione penitenziaria nella gestione di tali minori ospitati nelle sezioni detentive con il genitore detenuto⁸.

all’interno degli istituti per lo svolgimento di attività a favore dei genitori detenuti e dei loro figli, anche attrezzando spazi adeguati; tale protocollo di intesa prevede la valorizzazione della relazione madre-figlio, l’allestimento di spazi idonei, l’allestimento di sezioni nido; protocollo di intesa tra Casa circondariale di Torino “Lorusso e Cotugno” e Città di Torino per favorire l’ingresso dei figli delle detenute negli asili nido esterni, ecc. Contributi di aziende sono stati utilizzati dall’Amministrazione penitenziaria per arredare nelle zone detentive spazi per i bambini (ad es: Venezia, Milano, ecc.).

6 Lidia Galletti e Antonietta Pedrinazzi (*Il mantenimento della relazione tra genitori detenuti e figli: esperienze negli U.S.A., in Europa e in Italia*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2, 2004, pp. 77-101) espongono una rassegna di alcune associazioni, anche nazionali, che curano l’assistenza ai genitori detenuti ed ai loro figli. Dalla già cit. lettera circolare del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria prot. n. 9952 del 12.1.2012, si riporta il seguente brano: “...nel mondo penitenziario, sono andati diffondendosi linguaggi e codici valoriali riferibili essenzialmente agli uomini, basati su meccanismi di dominio e su modalità relazionali fondate sul potere e sulla forza. Ciò ha determinato un’oggettiva difficoltà nel riconoscere ed accogliere la complessità del “femminile” inteso non solo come differenza di sesso ma anche come diversità di sistemi simbolici e valoriali. Si rende, quindi, necessario un lavoro di sensibilizzazione finalizzato all’attivazione e alla costruzione di un impianto concettuale, metodologico e di intervento politico e sociale che riconosca e valorizzi le differenze di genere...”.

7 Cfr. le “Linee guida in materia di inclusione sociale a favore delle persone sottoposte a provvedimenti dell’A.G.”, approvate dalla Commissione nazionale consultiva e di coordinamento per i rapporti con le regioni, gli enti locali ed il volontariato in data 19 marzo 2008.

8 La permanenza negli istituti penitenziari di tali bambini si protrae in media per 6 mesi (il dato è riferito da una Associazione romana di tutela dei minori ed inserito nel “Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattamento per immigrati in Italia”, redatto dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica, XVI legislatura, approvato il 6 marzo 2012). Al 23 marzo 2012, i bambini presenti in 13 istituti penitenziari, al seguito di 49 madri detenute, erano 54; di questi bambini, 20 erano stranieri; al 31.12.2012, 40 madri detenute (di cui: 17 italiane e 23 straniere) avevano al seguito 41 bambini; di queste 40 detenute 28 erano in

Verranno messe in secondo piano le specifiche questioni, pur in gran parte sovrapponibili, emergenti nella gestione dei detenuti con i figli non ospitati all'interno dell'istituto penitenziario⁹ o dei minori che entrano in istituto solo per effettuare il colloquio visivo col detenuto-genitore¹⁰.

2. Norme per favorire la non istituzionalizzazione

Negli ultimi anni sono state introdotte numerose norme che favoriscono l'assunzione delle responsabilità genitoriali della madre imputata o condannata, in custodia cautelare o in espiazione di pena, al di fuori del circuito detentivo, evitando quindi l'istituzionalizzazione del figlio minore¹¹; se ne citano alcune:

a) l'art. 275 c.p.p., comma 4, relativo alla misura cautelare della custodia in carcere¹²: si osserva che tale norma, come quelle appresso citate in

espiazione di pena; al 4 febbraio 2013, in 13 istituti penitenziari, i bambini al seguito di 44 madri detenute, erano 45; di queste detenute, 16 erano imputate (delle quali, 8 straniere) e 28 condannate (delle quali 19 straniere); al 19 marzo 2013, sui 25 istituti attrezzati con apposite sezioni detentive, 12 ospitavano donne con prole, per un totale di 51 detenute. Nel periodo 1993- 2001 il numero dei bambini di età inferiore ai tre anni ospitati negli istituti con le madri detenute, rilevato l'ultimo giorno di ogni semestre, è variato da un minimo di 31 (al 31.12.1995) ad un massimo di 79 (al 30.6.2001), con una media di 54,8 bambini presenti nell'ultimo giorno del semestre. Dal 30.6.2002, al 30.6.2011, sempre con rilevamento operato nell'ultimo giorno del semestre, i bambini presenti sono risultati in media 58,1. Si osserva che l'Amministrazione penitenziaria monitora esclusivamente il numero dei bambini presenti nelle sezioni detentive femminili ad una certa data (ad es.: l'ultimo giorno di ogni semestre), non il dato relativo al numero dei bambini che hanno fatto ingresso in un certo periodo negli istituti penitenziari, né la loro età al momento dell'ingresso o al momento della loro "uscita". Dal 2012, il rilevamento di tali dati avviene direttamente dalla banca dati AFIS gestita dall'Amministrazione penitenziaria (lettera circolare del D.A.P., DGDT, prot. n. 0045207 del 2.2.2012, ad oggetto "Rilevazione delle informazioni sulle "detenute con prole al seguito" su Siap/Afis"); si auspica che sia rilevato anche il numero dei bambini che fanno ingresso negli istituti penitenziari in un determinato periodo ed altri dati statistici di particolare rilevanza per la programmazione dei servizi, quali la nazionalità, la durata della permanenza nell'istituto e l'età del bambino, la "posizione giuridica" della madre", ecc.

⁹ Ad esempio, lo svolgimento del ruolo genitoriale materno da parte della detenuta quando il figlio è di fatto affidato all'altro genitore o a familiari, al di fuori quindi del contesto penitenziario.

¹⁰ Ad esempio, le questioni connesse alla verifica dell'identità personale dei minori che entrano in istituto per effettuare i colloqui o del loro rapporto di parentela con la detenuta.

¹¹ Per una rassegna di respiro europeo sulle eterogenee regolamentazioni adottate nei diversi paesi in merito alla ammissione e gestione dei bambini negli istituti penitenziari con i genitori detenuti, cfr. il sito www.eurochips.org.

¹² Recante "criteri di scelta delle misure": quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

questo paragrafo, non prevede alcuna indagine sulle capacità genitoriali dell'imputata, né è escluso che l'imputata possa comunque delegare le funzioni genitoriali. Tale previsione di particolare favore per la sola madre e solo in via eventuale e residuale per il padre, sembra privilegiare il mero legame biologico rispetto alle esigenze educative, non risultando pienamente coerente con l'affermazione della non fungibilità delle figure genitoriali, entrambe essenziali per la crescita e lo sviluppo del minore¹³, né con le previsioni normative sull'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori¹⁴, anche se risulta ragionevole che la presenza di almeno uno di essi vada garantita fin dove è possibile e risulti funzionale alla soddisfazione dell'interesse del minore;

b) l'art. 284 c.p.p.: con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, da una "casa famiglia protetta"¹⁵;

c) l'art. 285-bis c.p.p., che consente la "custodia cautelare in istituto a

13 Cassazione penale, Sezione V, 13 novembre 2007, n. 41626.

14 Appaiono maggiormente coerenti con la tutela della potestà genitoriale approntata dall'ordinamento, le previsioni di cui agli artt. 146 e 147 c.p., 47-*quinquies* ("detenzione domiciliare speciale") e 21-*bis* ("assistenza all'esterno dei figli minori") nel testo introdotto dall'art. 1 della legge 8 marzo 2001, n. 40 (art. 6) nella parte in cui ai benefici non è ammessa la madre dichiarata decaduta dalla potestà sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile; rimane peraltro trascurato, anche dalle norme cit., il ruolo dell'altro esercente la potestà genitoriale. Si deve osservare che i provvedimenti ablativi di cui all'art. 330 c.c. non sempre sono motivati da comportamenti specificatamente a danno della famiglia o dei familiari, ma possono conseguire automaticamente a condanne a pena detentiva oltre un certo limite comminate per qualunque reato (cfr. art. 32 c.p.). Sui rapporti "problematici" tra quanto previsto agli artt. 6 e 7 della legge n. 40/2001, in materia di ammissione ai benefici per le detenute con potestà dei genitori sospesa o revocata, cfr. Paolo Canevelli, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 7, p. 815, 2001; un commento alla legge n. 40/2001 in Maria Grazia Giammarinaro, *La tutela del rapporto fra detenute e figli minori: alcune riflessioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, 2001, pp. 321-327.

15 Carlo Fiorio (*Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva, commento alla legge 17 febbraio 2012, n. 9*, in *Diritto penale e processo*, 4, 2012, pp. 409-414) afferma che la legge n. 9 del 2012 ribalta completamente le scelte originarie operate dal decreto-legge, che aveva preferito *tout court* l'utilizzazione delle camere di sicurezza rispetto alla conduzione dell'arrestato in casa circondariale: "la legge n. 9 del 2012 declina diversamente i loci custodiae, palesando un sistema precautelare notevolmente diversificato ed articolato su tre livelli: il primo livello postula, quale regola, quella della custodia "domestica". Nel prescrivere che «il pubblico ministero dispone che l'arrestato sia custodito in uno dei luoghi indicati nel comma 1 dell'articolo 284», l'art. 558 comma 4-*bis* c.p.p. opera riferimento all'abitazione, ad altri luoghi di privata dimora ovvero a luoghi pubblici di cura o di assistenza ovvero ancora, ove istituite, alle case famiglia protette".

custodia attenuata per detenute madri”¹⁶;

d) l’art. 47-*ter* ord. pen. che consente l’accesso alla detenzione domiciliare anche presso “case famiglia protette” e che favorisce tale accesso sia alla madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente sia 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 (comma 1°, lettere a e b);

e) l’art. 47-*quinqies* ord. pen., che consente l’accesso alla detenzione domiciliare speciale alle condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, al fine di provvedere alla loro cura e assistenza; in alcuni casi l’accesso può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all’assistenza dei figli, ovvero nelle case famiglia protette; la stessa detenzione domiciliare speciale può essere concessa, alle stesse condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre¹⁷. Al compimento del decimo anno di età del figlio, su domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza può, secondo i casi, disporre la proroga del beneficio, se ricorrono i requisiti per l’applicazione della semilibertà oppure l’ammissione all’assistenza all’esterno dei figli

16 “1. Nelle ipotesi di cui all’articolo 275, comma 4, 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”. Il presente articolo è stato inserito dall’art. 1 della legge 21.4.2011, n. 62 come pure il riferimento alle case famiglia protette che dovrebbe trovare applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2014, fatta salva la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata (cfr.: Cassazione, sentenza 28.3.2012, n. 11714, relativa all’art. 285-*bis*).

17 Al 30 aprile 2012, il numero delle madri o dei padri condannati ammessi alla detenzione domiciliare prevista dall’ord. pen. per consentire loro di prendersi cura dei figli sino all’età di 10 anni, erano i seguenti: 6 dalla libertà; 16 dallo stato detentivo o dagli arresti domiciliari; per contro, 9.789 erano complessivamente gli ammessi alle diverse tipologie di detenzione domiciliare alla stessa data. Nell’intero anno 2012, le madri ed i padri ammessi a tale detenzione domiciliare sono stati 32, dei quali 21 italiani, su un totale di 24.112 persone ammesse alle varie tipologie di detenzione domiciliare.

minori di cui all'articolo 21-*bis*;

f) l'art. 21-*bis* ord. pen. che consente la "assistenza all'esterno dei figli minori"¹⁸;

g) l'art. 21-*ter* ord. pen., che consente le "visite al minore infermo"¹⁹;

h) la legge 21 aprile 2011, n. 62 che prevede che con decreto del Ministro della giustizia siano determinate le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette previste dall'articolo 284 del codice di procedura penale e dagli articoli 47-*ter* e 47-*quinquies* della legge 26 luglio 1975, n. 354; il Ministro della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, può stipulare con gli enti locali convenzioni volte ad individuare le strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette²⁰;

18 Che così dispone: "1. Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21; 2. Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili; 3. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre". Tale innovativa misura penitenziaria, non classificabile tra le misure alternative alla detenzione né tra quelle "premierali", consente l'uscita della madre/padre detenuti dall'istituto, pur se per solo una parte della giornata, e non prevede l'istituzionalizzazione del minore al seguito della madre detenuta, ma, anzi, consente il permanere del minore nel suo contesto ordinario di vita familiare e sociale.

19 Che così dispone: "1. In caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia. 2. La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute". Questa innovativa previsione introdotta dalla legge 20 aprile 2011, n. 62, risponde ad esigenza fortemente sentita soprattutto quando la madre è detenuta ed il figlio è ricoverato presso una struttura ospedaliera; altrettanto innovativa è l'assenza di previsioni di limitazioni temporali per la durata di tale beneficio. Per la celerità del procedimento decisorio, che impedirà talora lo svolgimento di approfondimenti in merito alla pericolosità della detenuta o delle caratteristiche dell'ambiente nel quale il figlio è ricoverato, tali permessi potranno prevedere l'uso della scorta della Polizia penitenziaria.

20 Le "case famiglia protette" (art. 4 legge 21 aprile 2011, n. 62), sono strutture residenziali gestite solitamente da privati, non assimilabili formalmente agli "istituti di prevenzione e di pena"; pertanto, non saranno costituite con decreto del Ministro della giustizia ex art. 67 ord. pen. e non saranno sottoposte alla vigilanza del Magistrato di sorveglianza ex art. 69 ord. pen., né l'ammissione/dimissione dei genitori con i figli in tali strutture sarà subordinata alle determinazioni dell'Amministrazione penitenziaria. Nelle case famiglia protette potranno essere ospitate le seguenti persone, se sprovviste di riferimenti abitativi: imputa-

i) gli articoli del codice penale che prevedono alcune norme di favore per le madri che devono espiare una pena detentiva: l'art. 146 c.p., che regola il differimento obbligatorio della pena se questa deve aver luogo nei confronti di donna incinta o di donna che abbia partorito da meno di sei mesi; l'art. 147 c.p., che regola il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena nei confronti di donna che abbia partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno.

Con queste norme²¹, il legislatore ha inteso limitare le presenze dei bambini negli istituti penitenziari con le madri detenute, aderendo evidentemente alla tesi che quel contesto fisico, psicologico, relazionale, ambientale, non sia adeguato al loro sviluppo ed ai loro bisogni e che il rapporto madre – figlio meriti particolare tutela²².

te o imputati agli arresti domiciliari con prole sino a sei anni di età; condannate e condannati ammessi alla detenzione domiciliare ex art. 47-ter o alla detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-quinquies ord. pen. con prole sino a dieci anni di età. Le caratteristiche "tipologiche" (?) di tali strutture sono state fissate con decreto del Ministro della giustizia 8 marzo 2013, previa intesa sancita dalla Conferenza Stato-città ed autonomie locali il 7 febbraio 2013; tali strutture residenziali, alla luce del decreto cit., devono essere collocate in località servite dai servizi territoriali, socio sanitari ed ospedalieri; possono ospitare sino a sei nuclei di genitori con relativa prole; con stanze di pernottamento e servizi igienici differenziati per uomini e donne; con spazi all'aperto per il gioco dei bambini; con stanze per il colloquio con gli operatori. Il Ministro della giustizia può stipulare convenzioni con gli enti locali volte ad individuare le strutture da utilizzare come case famiglia protette. La realizzazione di tali strutture residenziali è ritenuta coerente con la politica di deflazione degli istituti penitenziari e consente il sostegno alla genitorialità e la tutela dell'infanzia per genitori altrimenti gestibili nel solo circuito penitenziario ordinario; la relativa procedura per il rilascio dell'autorizzazione al funzionamento delle case famiglia protette, come peraltro sostenuto dall'ANCI, è regolamentata dalle norme regionali e dal decreto del Ministro della solidarietà sociale 21 maggio 2001, n. 308, concernente "Requisiti minimi strutturali e organizzativi per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale, a norma dell'articolo 11 della legge 8 novembre 2000, n. 328".

21 Ovviamente, tutte le misure che favoriscono un'uscita, temporanea o definitiva, dal circuito detentivo possono favorire anche i contatti con la famiglia e lo svolgimento del ruolo genitoriale; tra queste misure vanno inclusi i permessi di cui agli artt. 30 e 30-ter ord. pen.; cfr. il decreto del Magistrato di sorveglianza di Alessandria 29 marzo 2012 che concede un permesso ex art. 30 ord. pen. al fine di consentire al detenuto di essere presente ad un evento importante e "grave", quale la cresima del figlio, richiamando nella motivazione l'art. 3, comma 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989, in considerazione dell'interesse superiore del fanciullo che deve darsi nelle decisioni di qualunque autorità, anche giudiziaria.

22 Per l'analisi giuridica delle riforme legislative emanate negli ultimi anni, adottate per limitare l'ingresso nel circuito penitenziario dei bambini al seguito delle madri-detenute, tramite la previsione di misure non detentive diversificate: cfr. Paolo Canevelli, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 7, pp. 807-815, 2001; Paola Corvi, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri, commento alla legge n. 62/2011*, in *Il Corriere del merito*, 8-9, pp. 837-843, 2011; Paola Comucci, *I benefici penitenziari a favore delle condannate madri*, in *Cassazione penale*, fasc. 5, pp. 2163-2171, 2009; Fabio Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli mi-*

3. Norme penitenziarie di favore

L'ordinamento prevede, oltre alle numerose fattispecie nelle quali la madre detenuta può esercitare le sue specifiche prerogative genitoriali in un contesto domestico o comunque parzialmente o in gran parte deistituzionalizzato, anche norme che riconoscono un trattamento di particolare favore nell'ambiente penitenziario, per ridurne l'afflittività. L'ordinamento penitenziario offre infatti una puntuale regolamentazione dei rapporti del detenuto e della detenuta coi familiari²³ e contiene riferimenti non marginali sull'importanza attribuita ai contatti con la famiglia per il detenuto. In estrema sintesi:

- i motivi di famiglia devono essere tenuti in considerazione in caso di trasferimento del detenuto da una sede penitenziaria all'altra (artt. 42, 1° e 2° comma);
- i colloqui coi familiari, ai quali è accordato particolare favore da parte dell'Amministrazione penitenziaria, non possono essere limitati neppure nel periodo di applicazione del regime di sorveglianza

nori, in *Giurisprudenza di Merito*, 11, pp. 2616-2628, 2011; Fabio Fiorentin, *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Guida al diritto*, 23, pp. 46-51, 2011; Carlo Fiorio, *Madri detenute e figli minori*, in *Diritto penale e processo*, pp. 932 ss., 2011; Giuseppe Mastropasqua, *La legge 21 aprile 2011, n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, in *Diritto di Famiglia*, pp. 1853 ss., 2011; Paolo Pittaro, *La nuova normativa sulle detenute madri*, in *Famiglia e diritto*, 2011, pp. 869-875, 2011. Tutti gli Autori cit. evidenziano come con la previsione dell'assistenza dei figli minori al di fuori del circuito penitenziario, è garantita una più compiuta tutela dell'infanzia, anche nella fase preadolescenziale, assicurando un'assistenza materna continuativa ed in ambiente familiare. Sull'ambiguità del sistema giuridico e prima ancora culturale, che da una parte intende proteggere il bambino dall'interruzione del rapporto genitoriale e dall'altra sostiene che i genitori che hanno commesso un crimine non costituiscano un buon modello educativo per gli stessi bambini, cfr.: Paola Comucci, *Un seminario a S. Vittore per ribadire l'importanza della relazione genitori-figli in carcere*, in *Il Foro Ambrosiano*, pp. 434-437, 2001; Settimio Monetini, *La famiglia del detenuto, aspetti criminologici*, cit.

²³ L'ord. pen. considera i rapporti con la famiglia come elemento del trattamento (art. 15), insieme ai "contatti con il mondo esterno" in relazione anche con quanto espresso nell'art. 1, ultimo comma, e nell'art. 28. Anche le Regole penitenziarie europee all'art. 64 stabiliscono che "la detenzione, comportando la privazione della libertà, è punizione in quanto tale; la condizione della detenzione e i regimi di detenzione non devono quindi aggravare la sofferenza inerente ad essa, salvo come circostanza accidentale giustificata dalla necessità dell'isolamento o dalle esigenze della disciplina"; le relazioni familiari sono considerate un elemento essenziale nel successivo art. 65, dove si legge che "ogni sforzo deve essere fatto per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da: (...) lettera c) mantenere e rafforzare i legami dei detenuti con i membri della loro famiglia e con la comunità esterna, al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie".

particolare; comunque i contatti con la famiglia devono subire il minimo pregiudizio possibile (art. 14-*quater*, 5° comma e 18)²⁴;

- i permessi premio ai condannati sono concessi anche per coltivare interessi affettivi (art. 30-*ter*);

- i prossimi congiunti sono legittimati a presentare richiesta di benefici penitenziari nell'interesse del detenuto (art. 57); sono informati in merito agli eventi più importanti che riguardano il detenuto, dallo stesso o dall'amministrazione penitenziaria (art. 29);

- norme di tutela del ruolo genitoriale sono anche quelle dell'ord. penit. che riconoscono anche al detenuto, se spettanti, gli assegni familiari (art. 23), il diritto ad inviare somme di denaro ai familiari (art. 25), e il diritto ad un trattamento che conservi o migliori i rapporti con i familiari (art. 45).

Pure nel vigente regolamento di esecuzione all'ordinamento penitenziario (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) è particolarmente valorizzato il rapporto tra detenuto e famiglia; si rimanda a quanto previsto all'art. 14 (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), ovvero all'art. 37 (in materia di colloqui dei detenuti, norme di particolare favore sono previste se il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni);

L'art. 61 dello stesso reg. es. prevede ulteriori colloqui visivi con i familiari, anche 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, con particolare attenzione per la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare al fine di rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore. Il colloquio del familiare col detenuto costituisce

²⁴ Francesco Picozzi, *Contrasti interpretativi in materia di corrispondenza telefonica dei detenuti con i figli minori di dieci anni*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 3, pp. 146-154, 2011. L'Amministrazione penitenziaria favorisce i colloqui straordinari, in spazi comuni, all'aperto e in attrezzati appositi spazi per l'accoglienza dei bambini e dei figli in età adolescenziale (lettera circolare prot. n. 9952 del 12.1.2011).

un “esercizio di un diritto”, del congiunto e del detenuto: questa affermazione è contenuta in una lettera circolare dell’Amministrazione penitenziaria²⁵, secondo la quale il familiare straniero che accede per effettuare un colloquio visivo in un istituto penitenziario non deve necessariamente esibire alcuna documentazione attestante la sussistenza dei requisiti legittimanti la sua permanenza sul territorio dello Stato o dimostrare in alcun modo la regolarità della sua posizione.

L’art. 39 stabilisce che il limite settimanale all’effettuazione delle telefonate ai familiari può essere derogato in senso favorevole al detenuto, qualora ricorrano “motivi di urgenza e di particolare rilevanza”, se la stessa si svolge con figli di età inferiore a dieci anni.

Nonostante tali norme di favore per il mantenimento dei rapporti familiari, il contesto penitenziario è comunemente ritenuto non adeguato per la crescita dei bambini, pur se è presente la madre detenuta²⁶; permangono infatti, anche negli istituti penitenziari meglio gestiti, alcuni fattori ritenuti sfavorevoli, quali l’ambiente coercitivo nel quale si trova a vivere il bambino e la distanza dalla famiglia ed in particolare dal padre, anche per il fatto che gli istituti penitenziari femminili in grado di ospitare le detenute con figli non sono distribuiti

25 Lettera circolare del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, D.G.E.P.E. del 9.11.2009, prot. n. 0410314.

26 Per approfondimenti sugli aspetti pedagogici e psicologici della relazione madre-figlio nello specifico contesto penitenziario, cfr.: Giovanna Perricone, M. Regina Morales, Concetta Polizzi, Luisa Granato, *La percezione della competenza genitoriale nei luoghi di detenzione*, in *Minorigiustizia*, 1, 2010; Giovanni Biondi, *Lo sviluppo del bambino in carcere*, Franco Angeli, Milano 1994; Rosalinda Cassibba, Lara Luchinovich, Jessica Montatore, Silvia Godelli, *La genitorialità reclusa: riflessioni sui vissuti dei genitori*, in *Minorigiustizia*, 2008, 4, pp. 150-158; Maria Irene Sarti, *Madri e bambini in carcere*, in *Minorigiustizia*, 2012, 1, pp. 488-491; Giovanna Perricone, Concetta Polizzi, Silvia Marotta, *La relazione madre-bambino all’interno della struttura penitenziaria*, in *La Famiglia, bimestrale di problemi familiari*, 251, 2010, pp. 18-34; Federico Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista AIC*, 4, 2012; Maria Claudia Malizia, *Maternità in carcere; uno studio esplorativo*, in *Psicologia e giustizia*, 2, giugno-dicembre 2012, www.psicologiagiuridica.com; Chiara Cattarin, *Maternità in carcere, aspetti legislativi, psicologici e statistici*, Domenghini Editore, Padova, 2012; Angela Maria Di Vita, Alessandra Salerno, Valeria Granatello, *La maternità reclusa*, in *Psicologia contemporanea*, 177, pp. 58-64, 2003; Daniela Farano, *La maternità in carcere: aspetti problematici e prospettive alternative*, in *La rivista di servizio sociale*, 3, pp.19-30, 2000; Annalisa Rosina Ramasso, *Madri e bambini in carcere*, in *Infanzia*, pp. 14-16, 2006; Maria Cristina Calle, *Figli presenti, figli assenti: essere madre nella discontinuità; madri e bambini in carcere?*, in *Minorigiustizia*, 1, pp. 113-117, 2005; Nadia Laface, *Fino a sei anni del bambino custodia cautelare solo in casi eccezionali*, in *Famiglia e minori*, 6, pp. 26-30, 2011; Lino Rossi, *Diritti dell’infanzia, diritti della genitorialità e carcerazione*, in *Pedagogika.it*, 20, pp. 39-40, 2001.

sul territorio nazionale in modo omogeneo²⁷. In verità, alcuni fattori, pur talora rilevati nelle sezioni detentive femminili, risultano in gran parte connessi alle scelte organizzative discrezionali effettuate dall'Amministrazione penitenziaria: la presenza di solo personale femminile, l'alimentazione per la madre o per il figlio non sufficiente, l'ambiente patogeno per la presenza di altre detenute e di numeroso personale, il ricorso a personale sanitario, educativo o di vigilanza non qualificato nella gestione del minore, l'assenza di accreditamento delle strutture²⁸.

27 In alcune regioni (Valle d'Aosta, Friuli Venezia Giulia, Marche, Molise, Basilicata) non sono attivate strutture detentive femminili per detenute madri; hanno una sola sede penitenziaria per ospitare tali detenute la Liguria, l'Emilia Romagna, il Trentino Alto Adige, la Toscana, l'Umbria, l'Abruzzo e la Campania. Per le detenute inserite nel circuito "alta sicurezza" (oltre 200 al maggio 2012) e per quelle inserite nel circuito 41-*bis* ord. pen. (4 al maggio 2012) non è disponibile nell'intero territorio nazionale alcuna specifica sezione per detenute madri. Cfr. art. 115, comma 1, del reg. es. ord. pen. che, invece, prevede che "in ciascuna regione (sia) realizzato un sistema integrato di istituti differenziato per le varie tipologie detentive la cui ricettività complessiva soddisfi il principio di territorialità dell'esecuzione penale, tenuto conto anche di eventuali esigenze di carattere generale".

28 Non deve essere trascurato il riferimento alle pertinenti norme sovranazionali in materia di gestione dei detenuti e di tutela dei diritti dei minori che hanno il genitore privato della libertà; cfr.: Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948; convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, nel testo coordinato con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 1 novembre 1998; Norme minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti del 1957; Dichiarazione Onu dei diritti del fanciullo, adottata il 20 novembre 1959; Carta sociale europea, adottata a Torino il 18 ottobre 1961, ratificata con legge 3 luglio 1965, n. 929; Consiglio d'Europa, Risoluzione (73)5 sull'insieme delle norme minime per il trattamento dei detenuti; Patti internazionali relativi ai diritti economici, sociali e culturali nonché ai diritti civili e politici, adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 e 19 dicembre 1966, ratificati con legge 25 ottobre 1977, n. 881; Regole penitenziarie europee, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'1 gennaio 2006, racc. R (2006)2 C.M.C.E. 12 febbraio 1987; Accordo relativo all'applicazione tra gli Stati membri delle Comunità europee della convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate, firmato a Bruxelles il 25 maggio 1987, ratificato e reso esecutivo con legge 27 dicembre 1988, n. 565; Raccomandazione R(87) del Comitato dei Ministri sulle regole minime standard per il trattamento dei detenuti, adottata dal Consiglio d'Europa il 26 novembre 1987, entrata in vigore il 1° febbraio 1989; Convenzione relativa ai diritti del fanciullo 20.11.1989; ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, "Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989" (cfr. anche i protocolli opzionali alla convenzione resi esecutivi in Italia con la legge 11 marzo 2002, n. 46); Risoluzione del Consiglio d'Europa 26 maggio 1989 sulla situazione di donne e bambini in carcere; Trattato dell'Unione Europea 1992, pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale n. C 191 del 29 luglio 1992*; Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio

Al fine di rendere il contesto penitenziario adeguato ad ospitare i figli delle detenute e, nei casi previsti dalla legge, dei detenuti, l'Amministrazione penitenziaria è tenuta ad organizzare spazi e servizi appositi sia nelle sezioni femminili ordinarie, sia presso gli Istituti o le sezioni a custodia attenuata (I.C.A.M.)²⁹. Si evidenzia che la legge n. 62/2011 riforma strutturalmente i requisiti di ammissione dei bambini nelle sezioni detentive. Infatti, sino all'entrata in vigore della legge 62/2011 tutti i bambini di età sino a tre anni, figli di detenute, risultano potenzialmente ammissibili nelle sezioni femminili attrezzate con nido oppure nella sezione I.C.A.M. (esistente a Milano); invece, con la piena entrata in vigore della legge 62/2011 (cfr. art.1, comma 4), saranno accolte nelle sezioni femminili con nido, le detenute che, pur dovendo provvedere all'accudimento dei loro figli, sono ritenute non meritevoli di accedere alle misure, detentive o non detentive, di ridotta afflittività (I.C.A.M., misure cautelari non detentive, detenzione domiciliare speciale o altre misure alternative previste per i condannati). La decisione di ammettere una madre/padre imputata/imputato in una sezione a custodia attenuata

dei diritti dei bambini (1996), promossa dal Consiglio d'Europa e ratificata dall'Italia con legge 77/2003; Risoluzione 18 gennaio 1996 sulle cattive condizioni di detenzione nelle carceri dell'Unione europea; Risoluzione del 17 dicembre 1998 sulle condizioni carcerarie nell'Unione europea: ristrutturazione e pene sostitutive; Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione Europea 7 dicembre 2000; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, riguardanti la protezione dei diritti dell'uomo (2000/C 364/01); Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(2000)1469 sulle madri e i neonati in carcere; Raccomandazione del 9 marzo 2004 destinata al Consiglio sui diritti dei detenuti nell'Unione europea; Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle norme penitenziarie europee; Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(2006)1747 relativa all'elaborazione di una carta penitenziaria europea; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 12 dicembre 2007; Risoluzione del Parlamento europeo del 13.3.2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare (Parlamento Europeo, Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere, 11.10.2007, 2007/2116 (INI), pubblicata sulla G.U. 20.3.2009; Proposta di risoluzione del Parlamento Europeo, formulata sulla base della relazione della Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza in genere (A6-3/2008) "sulla particolare situazione delle detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare" che alla voce "Mantenimento di legami familiari e relazioni sociali" invita gli Stati membri a facilitare il riavvicinamento familiare e, in particolare, le relazioni dei genitori incarcerati con i loro figli – a meno che ciò sia in contrasto con l'interesse del bambino, predisponendo strutture di accoglienza la cui atmosfera sia diversa da quella dell'universo carcerario in modo da permettere contatti affettivi adeguati.

²⁹ Il primo I.C.A.M. è stato attivato a Milano, in una struttura abitativa del tutto distinta dagli edifici penitenziari, grazie alla sottoscrizione, il 22.3.2006, di una dichiarazione di intenti tra il Ministro della giustizia, il Ministro dell'istruzione, il Presidente della Regione Lombardia, il Presidente della Provincia di Milano e il Sindaco del Comune di Milano.

(I.C.A.M.) sarà assunta non più dall'Amministrazione penitenziaria, ma, discrezionalmente, dal giudice che procede (art. 1 legge 62/2011) e, per le condannate/condannati, dal Tribunale di sorveglianza (art. 3 legge 62/2011). I giudici saranno chiamati, quindi, a decidere non solo sull'ammissione della imputata/imputato ad una misura cautelare o, per le condannate/condannati alle misure alternative alla detenzione, come già avviene, ma anche a decidere se la madre/padre, una volta stabilito che non possiedono i requisiti per essere gestiti al di fuori del "circuito penitenziario", potranno permanere in una sezione detentiva ordinaria (con i figli sino all'età di tre anni *ex art.* 11 ord. pen.) o presso un I.C.A.M., con i figli sino all'età di 6 anni se la madre è imputata, o, qualora si consolidi una conforme interpretazione relativa all'art. 3 della legge 62/2011, con i figli sino all'età di 10 anni, per i genitori condannati. La legge 62/2011, insomma, prevede che sia il giudice ad assegnare il genitore ad un I.C.A.M., se imputato insieme al figlio di età sino a sei anni e, se condannato (in espiazione di pena), insieme al figlio di età sino a 10 anni. Ne risulta che, di fatto, il riconoscimento del diritto del figlio di fruire dell'assistenza genitoriale risulta subordinato al destino penitenziario/processuale dei genitori e le decisioni del giudice penale o di sorveglianza andranno inevitabilmente a sovrapporsi e, talora, ad interferire con quelle sui minori, sinora riservate al giudice specializzato (Tribunale per minorenni o giudice civile). In sintesi, se sarà confermata dalla giurisprudenza la pur "non definitiva" interpretazione, fatta propria anche dall'Amministrazione penitenziaria, dell'art. 3 della legge 62/2011 secondo la quale è ammessa la possibilità di ospitare nelle sezioni detentive a custodia attenuata (I.C.A.M.) anche i bambini di età 7-10 anni qualora risultino figli di detenuti in espiazione di pena non ammessi alla detenzione domiciliare speciale, sembra verosimile prevedere il presentarsi di serie difficoltà gestionali, oltre che alcune problematiche pedagogiche e di tutela dei diritti fondamentali dei minori. Tra le potenziali problematiche si segnalano quelle conseguenti alla sempre maggiore consapevolezza del bambino di risiedere in un istituto penitenziario; la sua limitatissima socializzazione nel tessuto sociale di provenienza o di destinazione (al maturare dei 10 anni di età); la sua stigmatizzante socializzazione nel tessuto sociale di attuale

appartenenza; il potenziale pregiudizio per la continuità negli studi e nei rapporti con il gruppo dei pari quando, al maturare del decimo anno di età dovrà interrompere la frequenza della scuola più vicina alla sede penitenziaria. Considerato poi che negli I.C.A.M. i bambini che potranno essere ospitati nella fascia di età 7-10 anni saranno solo quelli che hanno il genitore condannato (in espiazione di pena), sarà inevitabile che i minori di tale fascia di età avranno scarse opportunità di socializzazione con bambini di pari età. Infine: siccome l'accesso della detenuta /detenuto alle misure alternative alla detenzione, inclusa la detenzione domiciliare nelle sue varianti, consegue anche agli esiti dell'osservazione scientifica della personalità condotta nell'istituto penitenziario (art. 13 ord. pen.), sarà da valutare con attenzione l'apporto che tale doverosa attività amministrativa potrà dare alle decisioni scaturenti dal procedimento instaurato presso il Tribunale di sorveglianza, ad es. in merito alla meritevolezza del detenuto che intende accedere al beneficio richiesto, al rischio di recidiva o di fuga oppure allo svolgimento da parte della detenuta/detenuto della potestà genitoriale nel particolarissimo contesto di vita.

L'I.C.A.M., sezione o istituto penitenziario "a custodia attenuata", è ritenuta espressione della differenziazione di circuiti e istituti, prefigurata all'art. 115, 3° comma, del reg. es. ord. pen. L'Amministrazione penitenziaria ha inteso valorizzare il principio della territorializzazione della pena ed ha quindi recentemente dato impulso alla realizzazione in ogni regione di tali sezioni detentive, fornendo linee guida affinché siano strutturalmente e funzionalmente differenziati dagli edifici penitenziari ordinari, facilitino l'accesso dei minori ai servizi presenti sul territorio e non siano caratterizzati per la presenza di visibili presidi di sicurezza (cfr. nota D.A.P., prot. n. 0222663 dell'11.6.2012, che prevede la permanenza negli I.C.A.M. di bambini sino all'età di 10 anni "nell'ipotesi prevista all'art. 3, secondo comma lettera b, della legge 62..."). Come per le case famiglia protette, si ritiene debbano applicarsi anche a tali strutture penitenziarie i requisiti strutturali e gestionali definiti per i servizi socio-assistenziali a carattere residenziale dalle norme regionali e dal decreto del Ministro della solidarietà sociale 21 maggio 2001, n. 308, concernente "Requisiti minimi strutturali

e organizzativi per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale, a norma dell'articolo 11 della legge 8 novembre 2000, n. 328". Si osserva, infine, che la mancata pubblicazione di dati statistici relativi all'utenza potenziale di tali strutture (I.C.A.M. e case famiglie protette), rende difficile la programmazione dell'attivazione delle stesse per far fronte alle specifiche esigenze. In questa sede si intende porre particolare attenzione a quei fattori sui quali può intervenire l'Amministrazione penitenziaria; si cercherà quindi di delineare quali siano gli oneri e le competenze dell'Amministrazione penitenziaria ed eventualmente delle altre amministrazioni pubbliche direttamente coinvolte nella gestione del minore presente in una struttura detentiva. Tale tematica, infatti, risulta non sufficientemente percepita dall'opinione pubblica e dagli "addetti ai lavori" e trascurata in letteratura³⁰.

4. L'accesso dei minori ai servizi per l'infanzia

L'assistenza alla famiglia del detenuto, inclusa quella erogata ai minori di età inferiore ai tre anni, anche se ospitati nell'istituto penitenziario con la madre detenuta, è di competenza dell'ente locale³¹. L'Amministrazione penitenziaria deve quindi assumere ogni

³⁰ Solo quale recente esempio, cfr. il documento del Comune di Genova "Linee guida su prevenzione e presa in carico situazioni di maltrattamento e abuso nell'infanzia e nell'adolescenza", marzo 2012; pure il "Rapporto di sintesi sugli esiti del monitoraggio del III Piano biennale nazionale di azioni e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva, adottato con d.P.R. 21 gennaio 2011", pubblicato dall'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza il 26 novembre 2012, dedica solo un cenno (p. 140) alla questione dei minori ospitati negli istituti penitenziari con le madri detenute; manca ogni riferimento al settore penitenziario e penale anche nel Piano nazionale per la famiglia approvato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 7.6.2012, previa intesa con la Conferenza unificata del 19.4.2012, nonostante una delle azioni previste (n. 3.1.a) sia denominata "Sostegno alla maternità delle gestanti in difficoltà e delle madri sole".

³¹ Decreto Presidente Repubblica 24 luglio 1977, n. 616; legge 8 novembre 2000, n. 328; decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, artt. 128 e 129; è evidente che i servizi per i bambini ospitati negli istituti penitenziari con le madri detenute abbiano natura eminentemente educativa e sociale. Questa duplice finalità, connaturata a molti servizi per l'infanzia, comporta che lo Stato avrebbe dovuto (ex art. 129 decreto legislativo 112/1998) determinare i principi e degli obiettivi in materia di servizi per tale particolare utenza ed i criteri generali per la programmazione della rete degli interventi di integrazione sociale da attuare a livello locale. E' altresì evidente che, conformemente a tale quadro normativo, sarebbe opportuna che la programmazione dello Stato, dei Comuni e delle Regioni in tale settore di intervento, così come il loro impegno finanziario, fosse stato l'esito di intese, atteso che, ad esempio l'apertura di una nuova sezione fem-

decisione organizzativa e gestionale che favorisca l'accesso dei minori a tali servizi³². È certamente possibile che siano realizzati servizi socio educativi all'interno della stessa struttura penitenziaria, direttamente gestiti dall'Amministrazione penitenziaria, oppure dall'ente locale o da un soggetto privato convenzionato o accreditato; in ogni caso i requisiti minimi strutturali e gestionali di tali servizi dovranno essere quelli indicati dalla normativa regionale di riferimento, ai sensi degli artt. 6 ed 8 della legge dell'8.11.2000, n. 328³³. Va precisato che la previsione delle caratteristiche strutturali e gestionali varia a seconda delle tipologie di servizio, previste dalle normative quadro regionali, che negli ultimi decenni ha visto una forte moltiplicazione; infatti, all'asilo nido "tradizionale" si sono affiancati servizi diversificati che rispondono ad esigenze diverse: baby parking, nidi familiari, nidi aziendali, micro nidi, sezioni primavera, ludoteche...³⁴.

Nella costruzione e gestione di tali servizi educativi, anche quando

minile per detenute con prole può comportare oneri a carico dei servizi dell'ente locale, oltre che delle ASL.

32 I nidi d'infanzia o gli altri servizi educativi analoghi sono destinati ai bambini di età non inferiore ai tre mesi; questo comporta che i bambini sino al terzo mese di età ospitati negli istituti penitenziari, non possono essere accolti in tali servizi; per l'utenza di tale fascia d'età sono talora previsti dalle leggi regionali servizi "integrativi" o "speciali", ad esempio, servizi destinati prioritariamente al sostegno alle funzioni genitoriali.

33 Al 31 dicembre 2011, gli "asili nido" dichiarati "funzionanti" dall'Amministrazione penitenziaria erano 17, tale numero è rimasto sostanzialmente invariato negli ultimi 25 anni; il numero più basso di asili nido registrato all'interno degli istituti penitenziari è infatti di 13 (rilevato al 30.6.1994 e al 30.6.2000), mentre quello più elevato è di 18 (rilevato al 30.6.1993, nel 1994, al 30.6.2000 e al 31.12.2009). Al 30 giugno 2012 gli asili nido funzionanti erano 14. Si osserva però che tali rilevamenti statistici risentono della mancata definizione, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, dei relativi standard strutturali e gestionali, risultando quindi non accertata la conformità di tali strutture educative agli standard fissati dalla normativa regionale di riferimento, anche in merito al ricorso a personale educativo qualificato o ai servizi educativi effettivamente erogati. I dati statistici riportati nel presente lavoro sui detenuti, sui figli minori ospitati negli istituti penitenziari e sugli asili nido attivi presso gli istituti penitenziari sono quelli pubblicati dal D.A.P., Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informatizzato automatizzato, sezione statistica.

34 La Corte Costituzionale, con la sentenza 23 dicembre 2003, n. 370, prendendo spunto dalle modifiche introdotte con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della seconda parte della Costituzione) ed in particolare all'art. 119 della Costituzione, ha affermato che "l'attività dello speciale servizio pubblico costituito dagli asili nido rientra palesemente nella sfera delle funzioni proprie delle Regioni e degli enti locali", in coerenza con la legislazione vigente in materia di asili nido che già le attribuisce alla competenza dei Comuni e delle Regioni. In questi ambiti, pertanto, il legislatore statale può determinare soltanto i principi fondamentali della materia e non dettare una disciplina dettagliata ed esaustiva. Pertanto, ciascuna Regione ha disciplinato autonomamente e quindi difformemente, le caratteristiche e i requisiti che devono possedere i servizi per la prima infanzia, risultano comunque inadeguate, rispetto ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale, le previsioni di cui all'art. 19 del d.P.R. n. 230/2000 (reg. es. ord. pen.) in materia di servizi per l'infanzia.

provvede l'amministrazione penitenziaria, all'interno o all'esterno degli istituti penitenziari, risulta doveroso garantire il rispetto della normativa nazionale e regionale in materia di caratteristiche strutturali ed architettoniche, reclutamento del personale educativo, vigilanza e controllo sul funzionamento, programmazione e valutazione delle attività pedagogiche e degli aspetti funzionali ed organizzativi³⁵.

Spetta alla ASL la vigilanza igienico-sanitaria sul servizio all'infanzia, anche se funzionante all'interno dell'istituto penitenziario, sia nelle regioni a statuto speciale che in quelle ordinarie³⁶.

Nel contesto penitenziario, emergono esigenze particolari derivanti, ad esempio, dal fatto che la durata della permanenza del minore è frequentemente di breve durata; che talora i genitori del minore, madre detenuta inclusa, non assumono alcuna decisione in materia di educazione e mantenimento del figlio³⁷; che la detenuta ed il minore hanno cittadinanza straniera; che il minore si trova nell'impossibilità di fatto ad avere accesso ai servizi per l'infanzia. Può essere utile, in questi casi, stipulare convenzioni tra l'Amministrazione penitenziaria

35 Per gli essenziali riferimenti normativi regionali sui servizi per l'infanzia, si rinvia all'allegato.

36 Il D.P.C.M. 1.4.2008, che regola il "passaggio" della gestione dei servizi sanitari per i detenuti, include le gestanti, dall'Amministrazione penitenziaria a quella sanitaria (ASL e Regioni), evidenziando le eventuali conseguenze nefaste sul neonato causate dallo stato detentivo della madre. Si cita su questa materia un passo di tale decreto: "La reclusione o la limitazione della libertà delle gestanti possono rendere la gravidanza e l'evento nascita particolarmente problematici per l'assetto psichico della donna, con potenziali ripercussioni sulla salute psico-fisica del neonato. Si tratta di un problema sociale ancor prima che sanitario al quale solo alcune Regioni e Provveditorati dell'Amministrazione Penitenziaria hanno dato una risposta con la realizzazione di strutture di accoglienza attente non solo alle esigenze della sicurezza ma anche agli aspetti psico-emozionali della nascita, che accolgono gestanti puerpere e bambini fino ai tre anni di età. Il d. l. n. 230/99 ha previsto quindi prioritari, specifici obiettivi ed azioni relativi al settore materno infantile da attuarsi ovviamente attraverso i relativi Dipartimenti delle Aziende Sanitarie nel territorio su cui insistono strutture detentive per donne. Tra le azioni programmatiche, si ricordano in particolare: il monitoraggio dei bisogni assistenziali delle recluse con particolare riguardo ai controlli di carattere ostetrico-ginecologico; gli interventi di prevenzione e di profilassi delle malattie a trasmissione sessuale e dei tumori dell'apparato genitale femminile; corsi di informazione sulla salute per le detenute e le minorenni sottoposte a provvedimento penale e di formazione per il personale dedicato, che forniscano anche utili indicazioni sui servizi offerti dalla Azienda sanitaria al momento della dimissione dal carcere o dalle comunità (consultori, punti nascita, ambulatori ecc.); potenziamento delle attività di preparazione al parto svolte dai Consultori familiari; espletamento del parto in ospedale o in altra struttura diversa dal luogo di reclusione; sostegno e accompagnamento al normale processo di sviluppo psico-fisico del neonato.

37 Spetta al genitore non solo evitare di molestare o venir meno ai doveri di cura ed accudimento dei figli, ma anche impedire che altri molestino i figli minorenni (Cassazione penale, sentenza n. 4127/2013).

e l'ente locale che gestisce o autorizza i servizi per l'infanzia, perché sia favorito l'accesso dei bambini ai predetti servizi, anche ricorrendo a procedure innovative. L'accesso del minore ai servizi per l'infanzia deve costituire un'occasione di valorizzazione del ruolo genitoriale della madre detenuta, alla quale dovranno essere proposte le opportunità concretamente disponibili per il figlio; infatti, salvo specifici e formali provvedimenti limitativi o ablativi dell'autorità giudiziaria, la madre - detenuta conserva la potestà genitoriale e quindi deve assumere personalmente le decisioni sull'educazione del figlio.

Le eventuali segnalazioni alla Procura dei minori o al Tribunale per i minorenni, non costituiscono impedimento o ostacolo ad eventuali interventi di assistenza dei servizi sociali, educativi e sanitari approntati per far fronte alle eventuali carenze materiali, di aiuto psicologico, di cure, di sostegno morale.

5. Oneri di segnalazione

Si ritiene possa trovare applicazione anche per l'Amministrazione penitenziaria l'art. 403 c.c. e l'art. 9 della legge n. 184 del 1983, che prevedono l'onere per l'autorità di pubblica sicurezza o amministrativa di attivarsi quando è attestato il grave rischio per il minore, anche per "negligenza, immoralità, ignoranza" della persona che alleva il minore e che dimostra incapacità di provvedere alla sua educazione. Vanno rilevate e segnalate, quindi, anche da parte dell'Amministrazione penitenziaria, le situazioni di abbandono, transitorie o meno, pur se il bambino è ospitato nella struttura penitenziaria con la madre (cfr. art. 8, comma 2, legge 184/1983). Lo stato di abbandono può derivare dalla grave inadeguatezza dei genitori (detenuti o non detenuti) o dei parenti comunque disponibili, tanto da esporre il minore a rischio grave e permanente lo sviluppo della sua personalità a causa della incapacità o inidoneità (ad esempio, per colpa o malattia mentale). Non è sufficiente che sia attestata la sola inidoneità della madre, ma occorre che questa inidoneità procuri danni gravi ed irreversibili sulla equilibrata crescita del minore, ad esempio se la madre non riesce a fornire quel minimo di cui in concreto il minore necessita, in termini di cura materiale, calore

affettivo e aiuto psicologico. Ovviamente, l'ordinamento valorizza il legame naturale tra genitori e figli ed impedisce all'autorità di intervenire con provvedimenti ablatori o sostitutivi in situazioni di inidoneità "lieve"; rilevano invece le situazioni di abbandono che dipendono da una abdicazione al potere-dovere del genitore di provvedere alla cura ed al mantenimento del minore, da una sottrazione del genitore al suo dovere di assistenza, da una palese non adeguatezza dell'esercizio del ruolo parentale; rilevano altresì i casi di maltrattamenti sul minore odi abbandono del minore, anche da parte del padre "non detenuto"³⁸, o di serio disagio economico (indisponibilità di un'abitazione adeguata, privazione materiale, cronica assenza di risorse economico, famiglie numerose...)³⁹.

Spetta alla Magistratura, ai servizi pubblici, agli organi di Polizia giudiziaria che hanno provveduto all'arresto della madre o che operano sul territorio dove vive il minore e quindi anche all'Amministrazione penitenziaria, l'onere di segnalazione di situazioni relative alla madre detenuta che incidono sull'esercizio della potestà genitoriale e sulla tutela dei diritti del minore; è così nei casi in cui la madre-detenuta:

- è interdotta per abituale infermità di mente;

³⁸ E' verosimile che, quando a subire la detenzione sia la madre, il padre, pur se libero, non sia sempre in grado di prendersi cura in modo adeguato dei figli.

³⁹ Possono essere inquadrati come abusanti alcuni comportamenti della madre, che qui si elencano solo per finalità esemplificative: condotta che contrasta con i doveri genitoriali di cui agli artt. 147 e 148 c.c., ripresi nell'art. 30 Cost.; abbandono materiale ed affettivo; mancanza di assistenza morale; mancanza di "cura", di attenzioni e di premure; condotte costituenti reati. Tra le tipologie di violenze, si rammentano: gli abusi sessuali (art. 609-bis c.p.), ma anche i maltrattamenti (art. 572 c.p.) se il genitore viene meno ai suoi doveri di vigilanza e protezione di cui all'art. 147 c.c. (posizione di garanzia del genitore in ordine alla tutela della integrità psico-fisica dei figli); le violenze ed i maltrattamenti di contenuto fisico, compresi i fenomeni di trascuratezza, di sfruttamento in mansioni umili e degradanti, di malnutrizione; le violenze ed i maltrattamenti di natura psicologica, quando il bambino non è circondato (da parte dei genitori, ma anche del contesto nel quale comunque si trovi a vivere) da cure ed attenzioni; l'incuria (art. 333 c.c.) o ogni condotta del genitore pregiudizievole per i figli. Per il Consiglio d'Europa (1978) l'abuso è costituito da atti e carenze "che turbano gravemente il bambino e attentano alla sua incolumità corporea, al suo sviluppo fisico, affettivo, intellettivo e morale, le cui manifestazioni sono la trascuratezza e/o le lesioni di ordine fisico e/o psichico e/o sessuale da parte di un familiare o di altri che hanno cure del bambino". Il contenuto dei provvedimenti del giudice emanati a tutela del minore è grandemente discrezionale e può consistere in limitazioni al diritto primario della potestà genitoriale (affidamento familiare, affidamento consensuale, affidamento giudiziale). Il Tribunale per i minorenni è competente (ex art. 330 e 333 c.c.) limitatamente agli interventi temporanei, ablativi o limitativi della potestà genitoriale (ad es.: allontanamento del minore dalla residenza familiare), al fine di ovviare a situazioni pregiudizievoli per il minore.

- versa in condizione di abituale infermità mentale;
- è indagata o imputata o condannata per reati a danno del figlio;
- è ritenuta responsabile di accattonaggio del figlio minore/ di sfruttamento dei minori (legge 15 luglio 2009, n. 94 che ha introdotto l'art. 600-*octies* c.p.);
- risulta convivente con un detentore di sostanze stupefacenti o ha concorso / contribuito concretamente alla commissione del reato (110 c.p.) anche con mero comportamento negativo ovvero si limita ad assistere in modo inerte alla perpetrazione del reato (non sussistendo alcun obbligo giuridico di impedire l'evento: art. 40, comma 2, c.p.);
- è imputata o condannata per il reato di maltrattamenti in famiglia (572 c.p.), sia nella famiglia legittima che nella famiglia di fatto;
- è imputata o condannata per abusi familiari (art. 342-*bis* e *ter* c.c.);
- risulti decaduta dalla potestà dei genitori sui figli minori in caso di condotta del genitore pregiudizievole verso i figli (artt. 330 e 333 c.c., di competenza del Tribunale per i minorenni) (cfr. art. 30, comma 2, Cost).

L'Amministrazione penitenziaria ha lo specifico onere di segnalazione a fronte di situazioni relative alla madre detenuta che incidono sull'esercizio della potestà genitoriale e sulla tutela dei diritti del minore; è così nei casi in cui la madre detenuta:

- tiene una condotta pregiudizievole per il minore nell'istituto penitenziario, realizzando comportamenti violenti, vessatori, umilianti, degradanti, di abbandono materiale, mortificanti, ingiustamente punitivi. Nei casi in cui la madre chiede ed ottiene di farsi "accompagnare" nella detenzione da un figlio, non si può escludere che, in alcuni casi, la stessa decisione materna possa costituire un comportamento di maltrattamento e/o di iperprotezione. È evidente infatti che il minore, ospitato nell'istituto penitenziario con la madre detenuta, potrebbe

subire l'allontanamento da altri bambini di pari età, dal mondo esterno, da un contesto quindi che si può ritenere nella maggioranza dei casi "ideale" per il suo sviluppo psico fisico, senza che il malessere per queste carenze sia evidenziato dal bambino o dalle persone che lo circondano (ad esempio, per mancata "percezione del maltrattamento"). Il bambino ospitato nelle strutture detentive con la madre, potrebbe poi subire deprivazioni psicologiche per l'assenza della figura paterna;

- viene meno ai suoi obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), pur avendo la disponibilità delle somme necessarie. I genitori hanno infatti un dovere ed obbligo di intervenire quando il figlio minore è da tutelare e salvaguardare da comportamenti o situazioni di concreto pericolo; tale obbligo nasce dalla posizione di garanzia che i genitori rivestono nei confronti dei figli. La madre detenuta deve inoltre collaborare attivamente con l'altro genitore (libero o detenuto) e con i servizi per consentire visite e incontri dell'altro genitore, affinché entrambi possano mantenere e coltivare un rapporto affettivo col proprio figlio⁴⁰.

In questi casi, sommariamente citati a scopo esemplificativo, si ritiene che l'Amministrazione penitenziaria abbia l'onere di segnalare il rischio per il minore al Tribunale per i minorenni competente per territorio (del luogo dove si trova il minore) (cfr. art. 38.1 disp. att. c.c.). Anche il Tribunale civile ha competenza in merito alle decisioni sulle misure urgenti ed immediate in favore delle vittime o dei familiari che subiscano condotte pregiudizievoli da parte di altro familiare, anche se il fatto non costituisce reato perseguibile d'ufficio ed anche quando la

40 Secondo la Cassazione civile (Sezione I, 30 settembre 2010, n. 20509, in *Famiglia e diritto*, 5, 2011), l'obbligo di mantenere i propri figli ex art. 147 c.c., grava sui genitori in senso primario ed integrale, sicché qualora l'uno dei due genitori non voglia o non possa adempiere, l'altro deve farvi fronte con tutte le sue risorse patrimoniali e reddituali e deve sfruttare la sua capacità di lavoro, salva comunque la possibilità di agire contro l'inadempiente per ottenere un contributo proporzionale alle sue condizioni economiche. Solo in via sussidiaria, dunque succedanea, si concretizza l'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari per adempiere ai loro doveri nei confronti dei figli previsto dall'art. 148 c.c., che comunque trova ingresso, non già perché uno dei due genitori sia rimasto inadempiente al proprio obbligo, ma se ed in quanto, l'altro genitore non abbia mezzi per provvedervi.

convivenza non è più in atto.

A prescindere dalla sussistenza dei requisiti per procedere alla segnalazione di cui sopra, i servizi territoriali sociali ed educativi, inclusi quelli dell'Amministrazione penitenziaria, devono compiere una analisi del rischio psicosociale, tenendo conto di indicatori specifici, anche se l'individuazione di tali indicatori non risulta semplice.

Non si ritiene sia configurabile come "situazione di rischio" il mero fatto della permanenza del minore nella struttura penitenziaria, anche se tale situazione comporta necessariamente il conseguente "allontanamento" dal padre o dagli altri familiari, né che la madre sia accusata o condannata di avere commesso un reato, né la sua permanenza in un istituto penitenziario in custodia cautelare o in espiazione di una pena. Infatti, tali "fattori di rischio", comuni ovviamente a tutti i bambini ospitati con la madre detenuta, possiedono una valenza di criticità assai mutevole da caso a caso, a secondo il manifestarsi di altri co-fattori, che, senza pretesa di completezza, si elencano:

- la durata della permanenza nell'istituto penitenziario della madre e/o del bambino;
- l'esistenza o meno di un nucleo familiare esterno che mostra interesse, anche durante la detenzione della madre-detenuta o del bambino;
- le necessità materiali del nucleo familiare esterno all'istituto;
- gli eventuali fattori critici di tipo sanitario relativi alla madre e/o al bambino;
- le prospettive di inserimento o reinserimento sociale e/o lavorativo della madre;
- la gravità del reato del quale la madre è accusata o condannata;
- l'accesso del nucleo familiare ai servizi sociali territoriali.

Solo una visione d'insieme dei bisogni del bambino e della madre detenuta, può consentire una valutazione del livello di criticità psicosociale, anche se sembra verosimile l'ipotesi che le situazioni

maggiormente serie sono quelle nelle quali il bambino risulta inserito in una rete sociale con risorse modeste, con famiglie divise o assenti (ad esempio senza fratelli o senza padre) o comunque incapaci di dare sostegno ed aiuto significativo, senza che altri soggetti (comunità, amici, vicini, servizi...) svolgano un ruolo suppletivo adeguato.

In merito alla citata segnalazione ai sensi dell'art. 403 c.c., si osserva che tale provvedimento a tutela del minore è un atto di amministrazione ed ha natura essenzialmente operativa e di protezione; quando si contrappone alla volontà dei genitori (ad es. perché la madre detenuta non condivide l'avviso del servizio che rileva uno stato di abbandono o di maltrattamento), occorre che questi siano in ogni caso tempestivamente informati che il minore è sotto la protezione della pubblica autorità e che l'intervento è stato segnalato all'autorità giudiziaria minorile competente.

Nella nozione di pubblica autorità rientrano gli organi di polizia (compresa la Polizia penitenziaria) e quelli specificatamente deputati all'assistenza dei minori e alla protezione dell'infanzia (ad esempio: i servizi sociali dei comuni). Se l'iniziativa di protezione proviene dai servizi sociali comunali, essi dovranno farsi carico della collocazione in luogo sicuro e potranno richiedere l'intervento della forza pubblica, ad esempio della Polizia penitenziaria se tale intervento avviene in un istituto penitenziario, soltanto se ciò è strettamente necessario per vincere la resistenza dei genitori.

Saranno ancora i servizi sociali territoriali ad effettuare l'intervento di collocazione del minore in ambiente protetto, esterno all'istituto penitenziario, *ex art. 403 c.c.*, ad attuarlo immediatamente, oltre che a segnalarlo con urgenza al Pubblico ministero per i minorenni per la decisione da parte del Tribunale per i minorenni.

Tale intervento della pubblica autorità deve considerarsi del tutto eccezionale e temporaneo, previsto solo nei casi urgenti, fondato sull'apprezzamento di una "situazione di pregiudizio" per il minore, su un'autonoma scelta tecnico-professionale e nei soli casi in cui è ritenuto non si possa attendere il provvedimento del giudice. Qualunque organo dell'Amministrazione penitenziaria, per finalità di protezione del minore,

deve farsi carico di segnalare agli organi preposti (giudiziari e sociali), le situazioni che concretamente si presentano e che corrispondono alla casistica esemplificativamente indicata all'art. 403 c.c.⁴¹

Si ritiene trovi applicazione, anche nel caso di madre o padre detenuti, l'art. 9 legge 184/1983, comma 7, che prevede l'onere per la madre o padre del minore di comunicare al giudice tutelare di avere affidato stabilmente ad un parente entro il quarto grado, il figlio minore per un periodo non inferiore a sei mesi; un caso, tra i tanti, è quello in cui la detenuta, con o senza il figlio di età inferiore ai tre anni presente nella stessa sezione detentiva femminile, sia in stato detentivo per un periodo superiore ai sei mesi ed affidi ad altri il figlio minore, ovviamente all'estero dell'istituto penitenziario. In una visione che intendesse valorizzare il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria quale ente pubblico direttamente ed attivamente coinvolto nella tutela dei minorenni, si potrebbe ritenere sussistere l'onere per i servizi penitenziari (sociali, ma anche di polizia amministrativa) di verificare se la madre o il padre detenuta/o abbiano provveduto alla doverosa segnalazione al giudice tutelare ai sensi della legge cit.; tale verifica, si ritiene, può essere operata dall'Amministrazione penitenziaria nel caso di detenuta o detenuto condannato, affinché questo elemento di conoscenza, relativo al comportamento genitoriale, rilevi ai fini dell'osservazione e del trattamento penitenziario (art. 13 ord. pen.).

Non si ritiene, invece, che per l'Amministrazione penitenziaria trovi applicazione l'art. 9 legge n. 184/1983, comma 4, che prevede l'onere per gli "istituti di assistenza pubblica" di cui all'art. 3 stessa legge, di

⁴¹ I legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare o degli istituti di assistenza pubblici o privati esercitano i poteri tutelari sui minori che ospitano nei casi in cui l'esercizio della potestà dei genitori sia impedito (art. 3, comma 1, legge 149/2001). Pertanto, per ogni minore eventualmente privo dell'esercente la potestà genitoriale, occorre che anche l'Amministrazione penitenziaria si attivi per garantire la nomina di un tutore. Tale procedura, ovviamente, riguarda sia i bambini italiani che stranieri ed i minori a rischio di vulnerabilità. Sussiste il divieto di nominare quali tutori i direttori e gli operatori di strutture di accoglienza presso le quali sono ospitati i minori (legge 28.3.2001, n. 149, art. 3). I tutori possono assistere i minori in ogni procedura amministrativa, legale, psicosociale, sanitaria e giurisdizionale, inclusi, se stranieri, la richiesta di asilo e/o protezione internazionale o protezione sociale (art. 18 d.lgs. 286/1998; art. 16 legge n. 40/1998; art. 27 d.P.R. n. 394/1999). La tutela dei minori senza genitori in grado di esercitare la potestà genitoriale, è data pure dall'applicazione dagli artt. 343, 371, 402 e 403 c.c., oltre che dalla legge 184/1983 sull'adozione; si richiamano altresì gli artt. 591 e 593 c.p.

trasmettere semestralmente al giudice tutelare “l’elenco dei minori ricoverati”; infatti, non sembra rientrare tra i predetti “Istituti” la struttura penitenziaria che ospita i bambini figli dei detenuti.

6. L’accesso dei minori ai servizi sanitari

L’Amministrazione penitenziaria deve assumere ogni decisione organizzativa e gestionale, di sua competenza, al fine di favorire l’accesso dei minori ai servizi pediatrici erogati, in tutte le regioni d’Italia, dal Servizio sanitario regionale e quindi dalla ASL; infatti, l’assistenza pediatrica è di competenza delle ASL, anche per i bambini ospitati nelle strutture penitenziarie femminili, ai sensi dell’art. 14 della legge 23.12.1978, n. 833.

La ASL, corrispondentemente, ha l’onere di adottare ogni iniziativa, per favorire l’accesso del minore ai servizi sanitari anche in una situazione familiare e gestionale così particolare; tali servizi, si ritiene, dovranno garantire:

- la continuità terapeutica tra servizio pediatrico della ASL competente per il territorio nel quale è presente l’istituto penitenziario e quello che lo seguiva prima dell’ingresso (pediatra di libera scelta) o che prenderà in carico il bambino una volta uscito dall’istituto (al compimento dell’età massima prevista o prima);
- la collaborazione della madre-detenuta, anche favorendo l’accesso della stessa ad iniziative di formazione o educazione sanitaria; se la madre è straniera, ricorrendo anche ai servizi di mediazione culturale⁴²;

⁴² I genitori, detenuti o liberi, con figli minorenni, devono esercitare le proprie prerogative anche nel campo della tutela della salute del figlio; pertanto, ogni genitore deve, nel rispetto della persona e della sua dignità (art. 2 Cost.) e della tutela dell’integrità psico-fisica (art. 32 Cost.), esprimere il valido consenso informato in nome e per conto del figlio minorenne, anche quando tali le decisioni sono espressione di principi o sentimenti religiosi (ad es. nel caso della circoncisione maschile o femminile) o del diritto-dovere dei genitori di educare la propria prole. Se, in astratto, si può affermare per le decisioni dei genitori il solo limite del pregiudizio per la salute psico-fisica del minore (art. 316 c.c.) o della formazione e dello sviluppo della sua personalità, dall’altro resta l’onere per gli operatori delle pubbliche amministrazioni, sanitaria e

- gli interventi preventivi, compresi quelli relativi alla promozione delle vaccinazioni, all'alimentazione e allo stile di vita sano; tali interventi dovrebbero essere inseriti nel Piano regionale della prevenzione⁴³;
- il ricorso limitato alle ospedalizzazioni, in quanto, con alta probabilità, potrebbero tenere il bambino separato dalla madre detenuta⁴⁴;
- la verifica della idoneità sanitaria del bambino a sostenere il viaggio, nel caso debba seguire la madre detenuta in traduzione; in tali casi si dovrà anche verificare che gli eventuali farmaci prescritti al bambino siano disponibili durante il viaggio;
- l'accesso alle cure pediatriche già nell'immediatezza dell'ingresso in istituto penitenziario, anche per una prima valutazione delle sue condizioni generali di salute e per operare un pronto rilevamento di elementi che possano evidenziare un ruolo di "vittima" del bambino (maltrattamenti, percosse, malnutrizione) o una sua disabilità⁴⁵;

penitenziaria *in primis*, di attivarsi per una tutela effettiva dei diritti individuali dei soggetti più esposti, soprattutto quando gli stessi soggetti, per debolezza o minorità nella quale si trovano, non possono esercitarli personalmente ed in modo adeguato; si richiamano, altresì, le responsabilità degli enti nella cui struttura sia commesso il reato introdotto dall'art. 586-bis c.p. relativo alle menomazioni delle funzioni sessuali (cfr. Mariangela Claudia Calciano, *Infanzia e circoncisione maschile, con particolare riferimento al parere del Comitato Nazionale di Bioetica*, e *Le mutilazioni genitali femminili nell'ordinamento giuridico italiano. Una forma di tutela della infanzia e le indicazioni del Comitato Bioetico*, pubblicato in data 31.10.2012 in www.diritto.it).

43 Il Piano regionale della prevenzione è redatto sulla base del Piano nazionale della prevenzione, approvato attraverso l'intesa tra Stato e Regioni.

44 L'art. 21-ter ord. pen., introdotto dalla legge 21 aprile 2011, n. 62, costituisce una risposta all'esigenza che si presenta nei casi in cui il minore infermo è ospitato all'esterno dell'istituto; si evidenzia che in ogni momento il bambino può essere fatto uscire/entrare dall'istituto penitenziario (per accedere, ad esempio ai servizi sanitari ambulatoriali esterni) con la sola autorizzazione dell'esecente la potestà genitoriale.

45 Alla luce di tali finalità connaturate alla visita "di primo ingresso" del bambino, si ritiene che l'esame del bambino da parte del pediatra vada effettuato nell'immediatezza dell'ingresso e che non possa essere ordinariamente delegato al medico di medicina generale presente nell'istituto penitenziario per fornire l'assistenza medica ai detenuti; un intervento tardivo del pediatra, infatti, potrebbe non consentire né la continuità terapeutica né la diagnosi precoce di patologie infantili connesse allo sviluppo o alle condizioni preesistenti l'ingresso nell'istituto penitenziario né la definizione delle responsabilità dei genitori o dell'Amministrazione penitenziaria o di terzi o del servizio sanitario nel caso siano tardivamente rilevate situazioni problematiche (ad es.: malnutrizione, svezzamento precoce, percosse, somministrazione di terapie errate,

- l'allattamento naturale del bambino da parte della madre;
- la corretta alimentazione del bambino, sano o ammalato, in collaborazione con l'Amministrazione penitenziaria che ha l'onere di provvedere all'acquisito ed alla preparazione dei pasti;
- la corretta somministrazione di eventuali farmaci prescritti al bambino, anche da parte della madre;
- la corretta gestione del bambino sieropositivo e/o del bambino con madre sieropositiva (o con TBC...)⁴⁶;
- la creazione di un fascicolo sanitario pediatrico distinto da quello della madre detenuta.

L'Amministrazione penitenziaria, per le stesse finalità, dovrà concordare con l'Amministrazione sanitaria l'identificazione dei locali e delle attrezzature sanitarie ordinariamente a disposizione del pediatra e degli altri operatori sanitari; tali locali saranno messi a disposizione della ASL, che li prenderà in carico⁴⁷.

Si rileva che nell'ordinamento penitenziario non sono previsti espressamente tali interventi sanitari a favore del bambino, pur se omologhi interventi sono invece previsti per la madre detenuta (ad es.: visita medica di primo ingresso, creazione di un fascicolo sanitario,

patologie infettive, difetti nella crescita, abusi sessuali, vaccinazioni irregolari ...). Si consideri poi che se la prima visita pediatrica fosse effettuata non nell'immediatezza dall'ingresso in istituto, molti bambini di fatto ne sarebbero esentati, atteso che è alto il numero dei bambini che permangono nell'istituto solo per pochi giorni o per poche settimane. Peraltro, l'effetto dannoso di tale tardiva o omessa attività sanitaria, ricadrebbe proprio sui bambini che più ne hanno interesse: ad esempio, quelli che prima dell'ingresso in istituto non erano adeguatamente seguiti dai servizi pediatrici, perchè i genitori sono stranieri senza titolo di soggiorno o perchè indigenti, o quelli che erano stati vittima di maltrattamenti o di abusi o disabili o ammalati.

⁴⁶ Intesa della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano 27 luglio 2011, relativa al "Documento di consenso sulle politiche di offerta e le modalità di esecuzione del test HIV in Italia", (cfr.: paragrafo 2.4., il test sui minori, e 4.4., il test nelle carceri; 4.5.: il test in gravidanza.); al contrario, l'intesa adottata dalla conferenza unificata il 15 marzo 2012 su "Infezione da HIV e detenzione" non prevede specifiche indicazioni operative per l'assistenza alle detenute e per la tutela dei loro figli.

⁴⁷ I locali nei quali vengono erogati i servizi pediatrici per i bambini ospitati nell'istituto penitenziario, potrebbero essere identificati e dati in uso alla ASL con procedure amministrative "concordate" analoghe a quelle delineate dalla Conferenza unificata, ai sensi del D.P.C.M. 1 aprile 2008, per i locali a prevalente utilizzo sanitario per i detenuti.

redazione della certificazione medica di idoneità alla traduzione, ecc.); questo, in verità, risulta coerente con la previsione legislativa che demanda alle ASL (quali enti erogatori del servizio) e alle Regioni (con funzioni di coordinamento e di programmazione), dal 1978, l'assistenza pediatrica per i bambini, senza eccezione per quelli ospitati negli istituti penitenziari; pertanto, la normativa di riferimento sull'assistenza pediatrica, anche per i bambini ospitati negli istituti penitenziari, va individuata nelle relative generali norme statali e regionali e non nell'ordinamento penitenziario.

Se il bambino è ospitato stabilmente presso l'istituto penitenziario con la madre detenuta, deve, ovviamente, risultare in carico al servizio pediatrico della ASL che opera presso l'Istituto stesso e deve risultare iscritto, temporaneamente o permanentemente, nell'elenco degli assistiti; per converso, il bambino andrà cancellato dagli analoghi elenchi della ASL di precedente residenza o domicilio, salvo il caso in cui il bambino sia iscritto alla ASL per la prima volta in quanto nato durante la permanenza della madre nell'istituto penitenziario o perché comunque mai iscritto. L'accesso del pediatra (o, talora, dei pediatri, soprattutto per gli istituti che ospitano più bambini) nell'istituto penitenziario potrà essere regolamentato da protocolli ed accordi tra ASL ed Amministrazione penitenziaria, dovendosi contemperare l'esigenza di tutela della salute del bambino, il diritto della madre a procedere all'iscrizione del bambino agli elenchi degli assistiti della ASL ed alla libera scelta del pediatra con l'onere dell'Amministrazione penitenziaria di verificare il titolo in base al quale fanno accesso le persone negli istituti penitenziari. È da affermare il diritto della madre detenuta e di suo figlio all'iscrizione negli elenchi degli assistiti della ASL; se stranieri, vanno considerati "regolarmente" presenti nel suolo italiano. Si osserva che tali iscrizioni avverranno a titolo diverso: la madre ha titolo in quanto presente nell'istituto penitenziario ("detenuta" o "internata") per esecuzione di un provvedimento di custodia cautelare o per espiare una pena detentiva⁴⁸; il figlio, ha titolo in quanto ospite

⁴⁸ Art. 1 del decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230 "Riordino della medicina penitenziaria a norma dell'articolo 5, della legge 130 novembre 1998, n. 419".

dell'istituto penitenziario: ai sensi dell'art. 11 dell'ord. pen. se ospitato in una sezione femminile con nido, sino all'età di tre anni; ai sensi dell'art. 1 o dell'art. 3 della legge n. 62/2011 se ospitato in un istituto a custodia attenuata (I.C.A.M.)

7. La gestione del minore in caso di traduzioni o di utilizzo di automezzi dell'Amministrazione

In caso di trasporto del minore con l'utilizzo di automezzi dell'Amministrazione penitenziaria con o senza la madre-detenuta, occorre innanzitutto provvedere al rispetto delle previsioni del codice della strada, pur non risultando sempre agevole coniugare le esigenze di sicurezza del bambino in viaggio con quelle della madre detenuta, sottoposta a traduzione, con le limitazioni connesse al mantenimento dell'ordine pubblico e/o previste dall'ordinamento penitenziario⁴⁹.

Nel caso di bambino in viaggio insieme alla madre detenuta⁵⁰, la traduzione può avvenire con mezzi diversi da quelli comunemente adibiti alle traduzioni e sarà cura del capo scorta evitare l'adozione di misure che, non indispensabili per la sicurezza del personale e della detenuta, possono incidere negativamente sul bambino. Il figlio minore viaggia, quindi, insieme alla detenuta in traduzione⁵¹.

Anche nel caso in cui il bambino viaggi in assenza della madre⁵², ad

49 Cfr. artt. 42 e 42-bis ord. pen. e artt. 84-87 del reg. es. all'ord. pen.

50 L'entrata in vigore della legge 21 aprile 2012, n. 61, che consente la permanenza negli istituti penitenziari a custodia attenuata di bambini sino all'età di dieci anni con la madre/padre detenuti, comporta la necessità per l'Amministrazione penitenziaria di predisporre nuove modalità e nuovi ausili per il trasporto del minore al seguito della madre/padre in traduzione.

51 Con lettera circolare del D.A.P., D.G.R.M.B.S., prot. n. 0144684 del 27.4.2006 si è ribadito che dovrà rispettarsi quanto previsto dal decreto legislativo 13.3.2006, n. 150, relativo all'uso obbligatorio delle cinture di sicurezza e dei sistemi di ritenuta per i bambini nei veicoli.

52 L'onere di accudire il bambino durante la traduzione effettuata dalla Polizia penitenziaria con la madre detenuta spetta innanzitutto alla madre; nei casi in cui l'amministrazione penitenziaria effettui il trasporto del bambino senza la presenza della madre, avvalendosi o meno di personale o di mezzi della Polizia penitenziaria, l'accudimento dello stesso spetta al personale individuato dalla ASL nei soli casi in cui, per le condizioni di salute, sia richiesta la presenza costante dei sanitari; negli altri casi, l'onere di provvedere ad identificare la figura che deve provvedere all'accudimento del bambino durante il viaggio spetta a coloro che hanno programmato o comunque gestito tale spostamento del minore. Salvo i casi di estrema urgenza, è richiesto il consenso dell'esercente la potestà genitoriale all'affidamento del bambino a

esempio per effettuare un ricovero del solo bambino in ospedale ovvero per accompagnare quotidianamente il bambino presso un servizio esterno all'istituto, vanno ovviamente adottati gli accorgimenti previsti dal codice della strada ed andrà riposta ogni attenzione del personale presente alle esigenze del bambino, per la sua tutela ed assistenza⁵³.

In tutti i casi, l'identità e l'immagine del minore, oltre che quelli della madre detenuta, vanno tutelati dalla curiosità del pubblico o dei mass media, dovendosi adottare ogni accorgimento, anche comportamentale, a garanzia della privacy. L'utilizzo di mezzi di trasporto senza targa del Corpo di Polizia penitenziaria e l'utilizzo di personale non in divisa, possono contribuire al raggiungimento di tale scopo⁵⁴.

Merita particolare approfondimento la questione connessa alla definizione dei casi in cui si può attribuire un eventuale onere per l'Amministrazione penitenziaria di assecondare la volontà della madre detenuta di condurre con sé il figlio nella sua traduzione in un'aula di giustizia; si richiama l'art. 471, comma 2, c.p.p., il quale dispone in via generale che "non sono ammessi nell'aula di udienza coloro che non hanno compiuto gli anni diciotto...". Su tale questione, sembra potersi affermare quanto segue:

terzi per l'effettuazione del viaggio.

⁵³ Per il trasporto dei bambini sugli autoveicoli, occorre riferirsi ai requisiti previsti dal D.M. del 31 gennaio 1997 e s.m.i. e dalla Circolare del Ministero dei Trasporti n. 23 dell'11 marzo 1997. In particolare i bambini di età compresa tra 0 e 36 mesi possono essere trasportati solo se trattenuti da idonei sistemi di ritenuta ed in presenza di almeno un accompagnatore (art. 2, comma 3, del cit. D.M. del 31 gennaio 1997).

⁵⁴ L'argomento, nonostante non sia stato oggetto di specifiche direttive da parte dell'Amministrazione penitenziaria, risulta regolamentato essenzialmente dai seguenti provvedimenti: *Codice di autoregolamentazione Tv e minori* emanato il 29.11.2002 dal Ministero per le telecomunicazioni; d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177, "Testo unico della radiotelevisione"; *Carta di Treviso* ("Attività giornalistica e tutela dei minori") approvato dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti nella seduta del 30 marzo 2006; "Carta di Roma", "Appello per un piano d'azione globale per proteggere i bambini del mondo e per fermare la violazione dei loro diritti", approvato il 3 novembre 2011; *Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica ai sensi dell'art. 25 della legge 31 dicembre 1996, n.675*, adottato dal Garante per la tutela dei dati personali in data 29.7.1998 (cfr. in particolare l'art. 7 sulla tutela del minore e l'art. 12 sulla tutela del diritto di cronaca nei procedimenti penali); *Protocollo deontologico per i giornalisti che trattano notizie concernenti carceri, detenuti o ex detenuti*, approvato dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti il 13 marzo 2013; cfr. inoltre: Garante per la protezione dei dati personali, *Privacy e giornalismo, libertà di informazione e dignità della persona*, a cura di Mauro Paissan, 2012. Per alcuni profili emergenti in caso di violazione del diritto alla riservatezza, cfr. anche l'art. 115 c.p.p. ("Violazione del divieto di pubblicazione") e l'art. 734-bis c.p. ("Divulgazione delle generalità o dell'immagine di persona offesa da atti di violenza sessuale").

1. anche l'imputata-detenuta non può in via ordinaria farsi accompagnare nell'aula di udienza dai figli con lei ospitati nell'istituto penitenziario (*ex art. 11 ord. pen. ovvero ex art. 1 o 3 della legge n. 62/2011*); di conseguenza, la stessa non può far valere nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria alcun diritto di portare con sé il figlio presso l'aula di udienza, in occasione della sua traduzione;

2. l'imputata-detenuta può chiedere al giudice di essere preventivamente autorizzata a tenere in udienza il figlio per motivate ragioni (ad es.: allattamento, somministrazione di farmaci...);

3. l'eventuale lunghezza dell'udienza (quando prevedibile *ex ante*) non costituisce sempre una ragione valida perché il giudice autorizzi o meno la presenza in aula del figlio minorenni dell'imputata-detenuta, atteso che proprio in caso di lunga permanenza nelle aule di giustizia o nelle camere di sicurezza del palazzo di giustizia, il figlio minorenni potrebbe subire, pur se presente la madre, le conseguenze nefaste derivanti dalla mancanza di attrezzature, spazi, alimenti, medicinali, personale qualificato, temperatura ambientale adeguata, ecc. Pertanto, il provvedimento del giudice relativo a tale autorizzazione, non si ritiene possa essere motivato esclusivamente dalle esigenze prospettate dalla madre-detenuta;

3. i familiari (liberi) della stessa imputata detenuta non possono neppure portare i figli minorenni in aula in occasione dell'udienza, fatta salva, anche in questo caso, la preventiva autorizzazione del giudice.

Diverso il caso in cui, pur prevedendo una lunga assenza dall'istituto penitenziario per traduzione o per udienza, la madre detenuta manifesti la volontà di non farsi accompagnare dal figlio, pur se autorizzata dal giudice in tal senso. In questi casi si ritiene di poter affermare la prevalenza della volontà e della responsabilità genitoriale sulle eventuali determinazioni dell'Amministrazione penitenziaria. Durante il tempo nel quale la madre è assente dall'istituto penitenziario, il figlio deve risultare affidato dalla madre detenuta a personale o ad operatori penitenziari o ai servizi per l'infanzia o ai familiari, in grado di far fronte alle ordinarie esigenze del minore; nel caso in cui questo non sia

oggettivamente possibile, la madre deve essere informata che ha l'onere di provvedere, con le risorse che risultano concretamente disponibili, all'affidamento temporaneo del minore, nell'interesse dello stesso⁵⁵.

8. La nascita del bambino da una madre detenuta

L'Amministrazione penitenziaria ha l'onere di adoperarsi perché si dia piena tutela alla maternità ed al nascituro. L'ordinamento penitenziario, in linea con la Costituzione (artt. 30 e 31), prevede una tutela speciale della nascita, della maternità e dell'infanzia; i genitori hanno il dovere, anche se detenuti, di mantenere i figli ed è consentito alla madre di dare loro il nome, favorendo il riconoscimento della capacità giuridica al figlio.

La registrazione negli atti di stato civile del nascituro⁵⁶ anche se ospitato in una struttura detentiva è in linea anche con i doveri internazionali assunti dall'Italia (art. 117, comma 1, Cost.): ad esempio, con la convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176 che agli artt. 7 e 8 riconosce ad ogni minore, senza alcuna discriminazione, quindi a prescindere dalla presenza del minore in un istituto penitenziario e dallo status di detenuta o dalla cittadinanza della madre, il diritto ad essere registrato immediatamente alla nascita, ad una cittadinanza e "nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi". Anche il Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881, prevede il diritto di ogni bambino ad essere registrato immediatamente dopo la nascita e ad avere un nome. Il figlio,

⁵⁵ La posizione di garanzia dei genitori nei confronti dei figli trova fondamento sia nell'art. 30 Cost., 1° comma ("E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli...") sia nell'art. 147 c.c. ("Il matrimonio impone ad entrambi i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole..."). Pertanto, il genitore ha l'obbligo giuridico di impedire eventi lesivi o pericolosi a danno dei figli minori; l'omissione è rilevante penalmente nel caso in cui (art. 40, cpv., c.p.), consapevole dei suoi doveri, possa oggettivamente impedire l'evento dannoso o pericoloso. Tale onere di intervento del genitore si concretizzerà ovviamente in comportamenti e decisioni diverse caso per caso.

⁵⁶ Cfr. *Il regolamento dello stato civile: guida all'applicazione*, Ministero dell'interno, edizione 2011.

anche se partorito da madre in stato detentivo, ha riconosciuto il diritto al nome⁵⁷. Pertanto, i figli nati da madre detenuta, dovranno essere immediatamente consegnati ai genitori perché li possano riconoscere e non devono essere separati dalla madre detenuta, affinché sia data loro la possibilità di crescere nella propria famiglia; l'unica eccezione è costituita dai casi, dichiarati dall'autorità giudiziaria, in cui ciò sia contrario all'interesse del minore.

L'ordinamento italiano, orientato alla massima protezione del minore e del rapporto genitore-figlio, fatti salvi specifici provvedimenti formali dell'autorità giudiziaria, non consente quindi che i figli delle detenute siano loro tolti, mentre prevede che accedano alle cure sanitarie e ai servizi educativi e sociali, e che, nei limiti oggettivi che si possono presentare nelle diverse realtà, sia instaurato un corretto rapporto genitoriale di cura e protezione del minore.

La detenuta straniera, come quella italiana, ha l'onere di sottostare ai vincoli espressamente previsti dal titolo penale in esecuzione e che ordina l'esecuzione di una misura di custodia cautelare in carcere o di una pena detentiva, risultando sanzionato penalmente il suo eventuale allontanamento dal luogo (istituto penitenziario) dove deve espiare la misura privativa della libertà; pertanto, la detenuta straniera non può essere equiparata alla straniera che soggiorna sul suolo italiano "irregolarmente" o "senza titolo" (art. 6, comma 2, del d. lgs. 286/1998) e non sottostà all'obbligo di esibire il permesso di soggiorno per richiedere i provvedimenti di stato civile, inclusi gli atti di nascita⁵⁸.

57 Cfr. artt. 3, 22, 29 e 30 Cost.; Convenzione di New York, 18 dicembre 1979, ratificata in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132; Convenzione dei diritti del fanciullo, New York, 1996, Convenzione di Strasburgo, 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77; convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (CEDU) che riconosce a ciascuno il diritto alla tutela della propria vita privata e delle relazioni familiari.

58 Si richiama altresì l'art. 30 del citato d. lgs. n. 286 del 1998 che prevede che il permesso di soggiorno è immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio tra italiano e straniero non è seguita l'effettiva convivenza, salvo che dal matrimonio sia nata prole; cfr. altresì la nota del Ministero dell'interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione generale per i servizi demografici, prot. n. 200502093-15100/4208 del 19 aprile 2005 ad oggetto "Iscrizione anagrafica detenuto straniero", che conclude affermando l'obbligo di provvedere all'iscrizione del detenuto, anche se straniero raggiunto da un provvedimento di espulsione dallo Stato, in forza del provvedimento dell'autorità giudiziaria che lo obbliga a soggiornare presso l'istituto penitenziario; la stessa nota, in verità, nulla stabilisce in materia di iscrizione anagrafica del figlio della detenuta, quando ospitato con la stessa nell'istituto penitenziario sino

È identificabile uno specifico interesse del padre alla potestà genitoriale: il genitore, anche se detenuto o anche se suo figlio è stato partorito da madre detenuta, ha quindi diritto a riconoscere il figlio, a prescindere da un accertamento alle sue capacità di educare, istruire ed educare il minore. È evidente che in alcuni casi possono presentarsi situazioni di conflitto tra il diritto del minore (all'educazione, all'istruzione, alla salute, a farsi riconoscere...) ed il diritto del padre o della madre (ad esercitare la potestà genitoriale).

L'Amministrazione penitenziaria ha l'onere di provvedere alle comunicazioni secondo il regolamento anagrafico vigente (d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223): a tale proposito si osserva la particolare complessità della posizione anagrafica dei bambini ospitati con le madri-detenute negli istituti penitenziari femminili, che non possono essere equiparati, neanche ai fini anagrafici, ai "detenuti", ma sono da considerare "ospiti temporanei" della struttura penitenziaria. Per tali bambini, al contrario che per la madre detenuta, non discrimina, ai sensi del regolamento anagrafico, la posizione giuridica della madre-detenuta (che può essere in custodia cautelare o in "esecuzione di pena": cfr. art. 8 regolamento anagrafico⁵⁹), né risulta sempre possibile "prevedere" la durata della permanenza di tali minori presso la struttura penitenziaria (permanenza

all'età di tra anni. La Cassazione (sez. I civile, sentenza 12 giugno 2012, n. 9535) ha interpretato l'art. 31 del d.lgs. n. 286/1998, nel senso che la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore in presenza di gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico dello stesso minore, non postula necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente correlate alla salute; sono invece valutabili anche danni alla stabilità psico-fisica per lo sradicamento del minore dall'ambiente in cui è cresciuto.

⁵⁹ La detenuta condannata, a prescindere dalla durata della pena detentiva in espiatione, può essere cancellata dalla precedente residenza anagrafica familiare ed essere iscritta nella nuova "convivenza penitenziaria" (ex artt. 5, 6 ed 8 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, recante "approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente"). Pertanto, la detenuta in attesa di giudizio può essere iscritta nella convivenza anagrafica penitenziaria, ma non perderà per questo la precedente iscrizione anagrafica per trasferimento di residenza, diversamente, perchè il figlio della detenuta di età inferiore ai tre anni e "coabitante" nell'istituto penitenziario, acquisisca la nuova residenza nella convivenza penitenziaria e perda la precedente eventuale iscrizione anagrafica, è "sufficiente" che "dimori abitualmente" nell'istituto penitenziario. Si ritiene, in conclusione, vada ponderata la "coerenza" tra quanto previsto all'art. 2 della legge 24 dicembre 1954, n. 1228, secondo il quale "ognuno" ha l'obbligo di chiedere per le persone sulle quali esercita la "patria potestà" l'iscrizione nell'anagrafe del Comune di dimora abituale (del minore), l'art. 8 del regolamento anagrafico (d.P.R. 223/1989) che vieta l'iscrizione anagrafica dei detenuti in attesa di giudizio e gli artt. 6 e 13 dello stesso d.P.R. 223/1989, che prevede analogo onere "d'ufficio" a carico del responsabile della convivenza penitenziaria.

connessa, ovviamente, a molteplici fattori: durata della permanenza in detenzione della madre, fattori sociali, familiari, giudiziari ecc.). Per evitare che per tali bambini, a prescindere dall'iscrizione o meno della madre nell'anagrafe del Comune dove insiste l'istituto penitenziario, si operi la cancellazione dalla precedente residenza anagrafica familiare, anche quando la madre (ad esempio, se imputata) potrebbe non avere perso la residenza anagrafica posseduta precedentemente all'ingresso nell'istituto penitenziario⁶⁰, si deve dare applicazione all'art. 45 c.c., 2° comma⁶¹. Sull'interpretazione da adottare da parte degli Uffici anagrafici dei comuni nel caso di bambini ospitati con le madri-detenate negli istituti penitenziari, vista la delicatezza delle questioni che si pongono ed anche alla luce degli oneri assistenziali per gli Enti locali connessi alla accertata residenza anagrafica del minore, è auspicabile un intervento "chiarificatore" del Ministero dell'interno, a garanzia dell'accesso ai servizi da parte dei minori e quindi a tutela dei loro diritti⁶².

9. La valorizzazione della potestà di entrambi i genitori (artt. 316 e 317 c.c.)

L'Amministrazione penitenziaria non può porre limiti o impedimenti all'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori o comunque di chi ne ha diritto, se non nei casi previsti nell'ordinamento penitenziario (ad esempio nella parte in cui regola il diritto di visita ai detenuti da parte dei familiari) o per dare esecuzione a specifici provvedimenti dell'autorità giudiziaria eventualmente emessi.

⁶⁰ Un altro caso che non ha suscitato ancora la dovuta attenzione nel contesto penitenziario, ma al quale in questa sede si potrà solo accennare, è quello dei detenuti e dei loro figli "senza fissa dimora", alla luce della normativa recentemente riformata e che prevede, tra l'altro, la realizzazione del registro nazionale delle persone che non hanno fissa dimora (art. 3, comma 38, della legge 15 luglio 2009, n. 94, che ha modificato il comma 3 dell'art. 2 della legge n. 128/1954).

⁶¹ Art. 45 c.c., 2° comma, "Domicilio dei coniugi, del minore e dell'interdetto": "Il minore ha il domicilio nel luogo di residenza della famiglia o quello del tutore. Se i genitori sono separati o il loro matrimonio è stato annullato o sciolto o ne sono cessati gli effetti civili o comunque non hanno la stessa residenza, il minore ha il domicilio del genitore con il quale convive".

⁶² Paola de Benedetti (*L'iscrizione anagrafica del minore straniero*, in *Minorigiustizia*, 3, 1999, pp.171-172) evidenzia come la pronta iscrizione anagrafica del minore straniero dal momento della nascita e la sua residenza legale in Italia possa avere rilevanza nel procedimento per l'acquisizione della cittadinanza italiana (legge 5 febbraio 1992, n. 91).

È da ritenere impregiudicata la possibilità per l'Amministrazione penitenziaria di non assecondare la volontà della madre in merito alla "collocazione" del minore nell'istituto penitenziario nei casi in cui, ai sensi del codice civile o penale, la potestà genitoriale della madre fosse sospesa o revocata: è quindi doveroso che l'Amministrazione penitenziaria operi o consenta, da parte degli organi competenti, l'accertamento concreto sulla potestà genitoriale.

Lo stato detentivo della madre con la quale vive il figlio di età inferiore ai tre anni, anche alla luce dell'oggettivo stato di "non convivenza" tra i due genitori, può essere equiparato allo stato di "impedimento" di cui all'art. 317 c.c, comma 1, solo quando il padre è "impossibilitato" ad esercitare la potestà di genitore. La madre detenuta non può essere ritenuta da parte dell'Amministrazione penitenziaria l'esclusiva figura titolata ad esercitare la potestà sul minore ospitato nell'istituto, non solo quando il padre è del tutto impedito, per cause oggettive o giuridiche, all'esercizio della potestà, ma in tutti i casi, in quanto "di fatto" il padre (libero o detenuto in altro istituto penitenziario), non esercita alcuna vigilanza sul bambino ospitato in istituto penitenziario, delegando sempre, "di fatto", alla madre-detenuta ogni decisione, non solo di ordinaria amministrazione. Il padre, legittimamente esercitante la potestà dei genitori, può opporsi alla volontà della madre-detenuta di tenere con sé il bambino nell'istituto penitenziario; può inoltre rivendicare il diritto di essere informato dalla moglie-detenuta sulle condizioni di vita o di salute del figlio e sulle decisioni "straordinarie" prese o da prendere nell'interesse del figlio⁶³.

L'esercizio della potestà genitoriale da parte della madre detenuta comporta notevoli problematiche giuridiche e gestionali che meritano la massima attenzione, anche da parte dell'Amministrazione penitenziaria chiamata, ad esempio, ad assecondare la volontà dell'uno o dell'altro genitore in merito all'educazione, all'allevamento ed alla

⁶³ La richiesta della madre detenuta rivolta all'Amministrazione penitenziaria per ottenere un trasferimento definitivo (art. 42 ord. pen.) presso un istituto penitenziario di altra città maggiormente distante dalla residenza del padre (se esercente la potestà genitoriale), senza preventiva comunicazione al padre stesso o al giudice se i coniugi sono separati, potrebbe configurare la fattispecie della sottrazione di minore (artt. 573 e 574 c.p.).

cura del minore, oltre che alla stessa “presenza” del minore all’interno dell’istituto penitenziario; infatti, la mera presenza nell’istituto penitenziario della madre detenuta e di suo figlio non “giustifica” uno sminuimento del ruolo genitoriale assegnato all’altro genitore. Su tali tematiche si rappresentano alcune ulteriori osservazioni.

Come previsto dall’art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, l’esercizio della potestà genitoriale è esercitato da entrambi i genitori, indipendentemente da circostanze esterne ed eventuali; il padre e la madre, prima che esercitanti un potere di comando sui figli, sono responsabili, anche in caso di crisi o separazione “di fatto” familiare, della crescita, dell’educazione, dell’istruzione della prole. Non sembra ammissibile che l’esercizio della potestà genitoriale possa soccombere alla “situazione di fatto” dello stato detentivo del genitore-detenuto; la potestà è un *munus*, cioè un compito che sono tenuti ad assolvere entrambi i genitori nell’interesse dei figli e la cessazione della convivenza tra i genitori naturali, anche se per forzata detenzione, non conduce alla cessazione dell’esercizio della potestà, salvo la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singole decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione.

La potestà genitoriale non spetta al solo genitore che convive col figlio (art. 155 c.c., comma 3, e art. 317 c.c., comma 2), anche se si tratta di madre detenuta. L’obbligo di mantenimento del figlio, anche se ospitato in un istituto penitenziario, cade su entrambi i genitori, anche in caso di filiazione naturale (artt. 147, 148, 261 e 1299 c.c.); pertanto la madre (libera o detenuta) ed il padre (libero o detenuto) hanno l’obbligo di mantenere i figli minori, anche se questi sono ospitati in un istituto penitenziario⁶⁴.

L’ordinamento penitenziario riconosce il diritto della detenuta (ovvero, nei casi previsti e presso gli I.C.A.M., anche al padre detenuto)

⁶⁴ L’obbligo di entrambi i genitori di mantenere istruire ed educare i figli (art. 30, comma 1, Cost.; artt 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda dei figli o dell’altro genitore, sicchè se uno solo dei due genitori provvede per intero al suo mantenimento, non viene meno l’obbligo dell’altro genitore; il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato da entrambi i genitori, sussiste dalla nascita (artt. 2 e 30 Cost.).

ad avere con sé il figlio sino ad una certa età, ma non disconosce il diritto del minore ad un nucleo familiare d'origine unito ed alla bi-genitorialità, cioè il diritto ad essere allevato e cresciuto dai due genitori (artt. 155 ss. c.c.)⁶⁵. È quindi da considerarsi eccezionale il caso in cui il minore potrà essere collocato presso un solo genitore, anche se legittimato dall'ordinamento penitenziario⁶⁶; non è tollerato neppure che il bambino sia continuamente sottoposto ad un cambio di assegnazione o di permanenza presso un solo genitore; anzi, il bambino ha diritto alla stabilità dei riferimenti genitoriali e, quando possibile, anche amministrativi, sanitari, scolastici, parentali... Neanche in caso di adozione e affidamento dei minori, si afferma che il genitore "collocatario" abbia le stesse prerogative giuridiche del genitore "affidatario"; non è ad esempio riconosciuta dall'ordinamento la facoltà del genitore affidatario di trasferire la sua residenza e, di conseguenza, quella del minore, persino per i genitori affidatari sussiste l'obbligo di assumere di comune accordo le decisioni straordinarie, come quelle sulla residenza del figlio (art. 155 c.c.). Pertanto, si può sostenere che qualsiasi decisione unilaterale di un genitore, anche della madre detenuta, sulla residenza del figlio presso l'istituto detentivo o in altra sede, dovrà essere condivisa con l'altro genitore, e poi, in caso di disaccordo, decisa dal giudice. Il giudice potrà ovviamente non ritenere adeguata la nuova residenza ed imporre al genitore il trasferimento di residenza per il figlio, oppure la rinuncia al collocamento presso di sé del minore oppure l'affidamento ad altri.

Al fine di favorire la permanenza del minore in un nucleo familiare d'origine unito, l'Amministrazione penitenziaria deve adottare ogni iniziativa per favorire l'accesso della detenuta alle misure alternative

⁶⁵ Incongrua, se non illegittima rispetto alle norme di legge ed alla Costituzione che regolamentano l'esercizio della potestà genitoriale, appare la previsione di cui all'art. 19 del d.P.R. n. 230/2000 (reg. es. all'ord. penit.) nel quale si rimette alla volontà della sola madre la decisione in materia di accesso ai servizi educativi esterni all'istituto (comma 6) e, soprattutto, in materia di affidamento definitivo del bambino all'esterno a familiari o ad altre persone al compimento del terzo anno di età (comma 7).

⁶⁶ I riferimenti giurisprudenziali rinvenuti sull'argomento, pur se coerenti con i principi giuridici richiamati sinteticamente nel testo, sono relativi al caso dei figli contesi dai genitori separati; si ritiene comunque utile richiamarli per valutarne l'applicabilità al caso in esame in questa sede, e cioè della madre detenuta, con figlio ospitato presso l'istituto penitenziario.

alla detenzione ed in particolare alle specifiche misure tese a mantenere o facilitare i rapporti con la famiglia⁶⁷. Dovrebbe essere, altresì, favorita l'assegnazione della detenuta madre in una sede penitenziaria il più vicina possibile alla residenza o al domicilio del padre (libero o detenuto).

Il minore, quindi, non deve essere "allontanato" da nessuno dei due genitori, anche se la madre è detenuta, salva l'ipotesi in cui essa sia l'effetto di provvedimenti legittimi dello Stato (detenzione, espulsione...) ⁶⁸.

Tali principi, si ritiene possano trovare applicazione concreta, anche se non sempre agevole, non solo nel caso di assegnazione della madre detenuta in un nuovo istituto penitenziario, più distante dalla residenza del padre del minore ospitato in istituto, ma anche nel caso di espulsione della straniera dallo Stato italiano o di traduzione nel paese di origine della madre detenuta ai sensi della Convenzione di Strasburgo del 1983, quando il padre è presente sul suolo italiano. Sul tema, si richiamano

67 Anche quando i due genitori non risultano cooperanti tra loro, l'amministrazione penitenziaria non è esonerata dall'attivare tutte le risorse disponibili per consentire il mantenimento del rapporto familiare anche col padre, non essendo ammissibile che per le decisioni relative al minore ci si riferisca esclusivamente alla volontà della madre detenuta e che il padre (libero o detenuto in altro istituto penitenziario) interrompa i rapporti con il suo figlio.

68 Cfr. art. 9, della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989: "1. Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo, oppure se vivano separati e una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo. 2. In tutti i casi previsti al paragrafo 1 del presente articolo, tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e di far conoscere le loro opinioni. 3. Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo. 4. Se la separazione è il risultato di provvedimenti adottati da uno Stato parte, come la detenzione, l'imprigionamento, l'esilio, l'espulsione o la morte (compresa la morte, quale che ne sia la causa, sopravvenuta durante la detenzione) di entrambi i genitori o di uno di essi, o del fanciullo, lo Stato parte fornisce dietro richiesta ai genitori, al fanciullo oppure, se del caso, a un altro membro della famiglia, le informazioni essenziali concernenti il luogo dove si trovano il familiare o i familiari, a meno che la divulgazione di tali informazioni possa mettere a repentaglio il benessere del fanciullo. Gli Stati parti vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti di per sé conseguenze pregiudizievoli per la persona o per le persone interessate". Sul diritto soggettivo del minore ad avere una famiglia, cfr. altresì l'art. 5 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989; l'art 16 comma 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; l'art. 30 comma 1 della Cost. e l'art. 1 legge n. 184/1983.

anche gli artt. 21 e 29 della Convenzione dell’Aja 25 ottobre 1980, ratificata in Italia dalla legge 15.1.1994, n. 64, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. Tale convenzione protegge il minore di 16 anni sul piano internazionale contro gli effetti nocivi di un suo trasferimento o di un mancato ritorno illeciti nel paese di residenza del genitore affidatario, analogamente alla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, che prevede il diritto del bambino a conoscere entrambi i genitori e ad essere allevato da loro (artt. 18-20). In nome del diritto del minore alla bigenitorialità, cioè a crescere, ad essere istruito, curato, allevato da entrambi i genitori, talora il giudice identifica luoghi “neutri” e modalità particolari attraverso le quali si ritiene di tutelare questo diritto.

Il genitore al quale, di fatto o di diritto, non è affidato il figlio ospitato nell’istituto con la madre detenuta, potrebbe ritenere che le condizioni (di fatto “detentive”) nelle quali è tenuto il figlio minore siano pregiudizievoli per la sana ed equilibrata crescita, educazione, istruzione, oltre che per l’esercizio del suo diritto alla visita⁶⁹.

Anche il minore straniero ha diritto alla vita familiare, all’unità della famiglia ed al ricongiungimento familiare (artt. 29, comma 1, lettera c, e 31 t.u. immigrazione). In coerenza con tale principio, la decisione in materia di espulsione per un minore straniero non è demandata alla Questura, ma al Tribunale per i minorenni, il quale deve tener conto anche dello sviluppo psicofisico, dell’età e delle condizioni di salute del minore e può autorizzare, in via eccezionale, la permanenza temporanea in Italia in presenza di “gravi motivi”, cioè di situazioni emergenziali contingenti. Come sopra già evidenziato, l’Amministrazione penitenziaria ha formalmente sostenuto che il familiare straniero, anche se non in possesso di un titolo valido di soggiorno, ha comunque diritto ad effettuare il colloquio visivo con il detenuto e, quindi, ad incontrare

⁶⁹ Il colloquio visivo o la corrispondenza telefonica tra il padre libero ed il figlio ospitato con la madre detenuta nell’istituto penitenziario, qualora non comporti lo svolgimento della analoga attività con la madre detenuta, deve ritenersi non regolamentato dall’ordinamento penitenziario e quindi non sottoposto alle particolari limitazioni procedurali, temporali e quantitative previste per i detenuti; in questi casi, non sembra escluso che il padre libero possa incontrare, “senza limitazioni” nella frequenza o nella durata, il figlio in una zona dell’istituto penitenziario “non detentiva” o anche fuori dall’istituto.

il figlio ospitato nell'istituto penitenziario, alla luce del diritto costituzionalmente garantito al mantenimento delle relazioni familiari.

10. Oneri di protezione e di vigilanza

L'ordinamento giuridico non attribuisce al minore la capacità di agire; tale limitazione svolge una funzione protettiva nei confronti di tutti quei soggetti che, in via presuntiva, non curerebbero in modo adeguato i propri interessi; il minore è quindi giuridicamente "incapace". La potestà genitoriale è il principale strumento tramite il quale sono curati gli interessi dei minori, non solo patrimoniali.

Nella società moderna si assiste a un interesse sempre maggiore dello Stato per le relazioni familiari, tanto da far registrare negli ultimi anni ad un significativo intervento pubblico, se non una ingerenza pubblica, nell'educazione e nella socializzazione del minore, pur sempre motivata dalla necessità di tutelare in via preminente l'interesse superiore del minore. Per converso, dei genitori sono sempre più valorizzate le funzioni, invece che i "diritti"⁷⁰.

È da affermare che i doveri di protezione e vigilanza sul minore ospitato nell'istituto penitenziario, spettano innanzitutto alla madre detenuta, la quale ha l'onere di provvedere sia all'assistenza diretta che indiretta sul figlio, anche nel caso di sua assenza temporanea, pur nei limiti che l'ordinamento penitenziario pone alla volontà della madre detenuta, ad esempio in termini di movimento o di comunicazioni con l'esterno, la quale deve evitare che il minore sia esposto a pericoli, in quanto assume la posizione di naturale "soggetto garante" della tutela del bene del figlio (art. 30, comma 1, Cost; art. 147 c.c.).

L'Amministrazione penitenziaria ha quindi un dovere, generico e

⁷⁰ Il figlio ha il diritto primario di essere mantenuto, accudito, educato ed istruito dal genitore; la violazione da parte di un genitore dei suoi doveri è sanzionata sia con le misure tipiche previste dal diritto di famiglia, sia in sede civile, tanto da configurare nei casi più gravi il diritto al risarcimento ai danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c. (Cassazione, Sezione I civile, sentenza 10 aprile 2012, n. 5652). L'obbligo del genitore sussiste anche quando l'altro genitore provvede comunque al suo mantenimento e sin dalla nascita, anche se il riconoscimento è avvenuto successivamente.

specifico, di controllo sul minore che si “traduce” innanzitutto in un obbligo di vigilanza sull’operato della madre quando ha o potrebbe avere conseguenze, anche indirette, sul minore.

Si osserva che il d.P.R. 15.2.1999, n. 82 (“Regolamento di servizio della Polizia penitenziaria”), non prevede norme di comportamento né oneri specifici per il personale adetto alle sezioni detentive nelle quali sono ospitati i figli delle detenute, anche se non si può escludere che, occasionalmente, il personale di polizia possa essere chiamato a prestare assistenza o ad avere cura di tali bambini, essendo comunque adetto alla vigilanza sulla madre detenuta, affinché non “utilizzi” il bambino per mettere in pericolo l’ordine e la sicurezza⁷¹.

L’ingresso del figlio della madre detenuta nell’istituto penitenziario comporta per l’Amministrazione penitenziaria l’onere di fornire prestazioni complesse, non limitate al mantenimento⁷² ed alle cure sanitarie o alle prestazioni “alberghiere”; tale onere è estensibile ai servizi specifici di protezione.

In “assenza della madre”, l’Amministrazione penitenziaria ha l’obbligo di agire secondo regole di prudenza e diligenza, assumendo compiti specifici di vigilanza e di protezione; quando possibile, la madre-detenuta o, in via d’emergenza, l’Amministrazione penitenziaria, dovranno sollecitare l’intervento, integrativo o sostitutivo di quello della madre, dell’altro esercente la potestà genitoriale, cioè del padre⁷³.

Si possono evidenziare numerosi profili giuridici problematici rispetto a tale onere, in particolare nel caso in cui la madre detenuta, per inerzia o incapacità, non tuteli e non protegga in maniera adeguata gli interessi del minore. La fonte della posizione di garanzia dell’Amministrazione penitenziaria rispetto allo stesso minore, non stravolge il ruolo che

⁷¹ Ad esempio, nascondendo negli indumenti del figlio oggetti non consentiti dal regolamento interno dell’istituto.

⁷² Non è operato il recupero degli oneri relativi alle spese di mantenimento (per gli alimenti ed il corredo) in relazione alla permanenza del figlio della detenuta nell’istituto penitenziario (art. 2 ord. pen.; d.P.R. n. 115/2002).

⁷³ L’impossibilità per la madre detenuta di vigilare, ad esempio perchè assente o impossibilitata, sul figlio ospitato nella sezione detentiva, impone alla madre l’onere di affidarlo a terzi; tale affidamento solleva la madre detenuta dalla presunzione di *culpa in vigilando*.

l'ordinamento assegna alla madre o al padre del minore; si evidenzia poi che l'art. 11 ord. pen. si "limita" a consentire alla madri di tenere con sé i figli sino all'età di tre anni, ovvero, gli artt. 1 o 3 della legge 62/2011 si "limitano" a consentire, nei casi previsti, alle madri o ai padri di tenere con sé i figli, non risultando quindi identificato alcuno specifico onere per l'Amministrazione penitenziaria se non quello di assecondare l'esercizio di tale diritto (art. 11 ord. pen.), salvo specifiche decisioni di segno opposto dell'Autorità giudiziaria, o di dare esecuzione ad un provvedimento dell'Autorità giudiziaria (artt. 1 o 3 legge 62/2011). Non sembra agevole estendere pienamente a tali minori l'obbligo di protezione che l'Amministrazione penitenziaria ha nei confronti dei detenuti (artt. 1 e 15 ord. pen.), né definire la rilevanza per l'Amministrazione penitenziaria dell'affidamento "di fatto" del minore ogni qualvolta sia temporaneamente assente la madre. Possono essere individuati nell'ordinamento penitenziario alcuni riferimenti che sembrano far concludere per la sussistenza di tale onere di vigilanza ed assistenza sul minore per l'Amministrazione penitenziaria (ad es.: art. 2, comma 1; art. 19, commi 6 e 7, d.P.R. 230/2000), anche se tali norme risultano troppo generiche per fondare tale obbligo di garanzia. Si suggerisce di analizzare più approfonditamente il particolare rapporto giuridico tra l'Amministrazione penitenziaria e il bene da proteggere o la fonte del pericolo, così da poter affermare che sicuramente l'Amministrazione penitenziaria si pone quale garante rispetto alle "fonti di pericolo" che ha l'onere di "controllare". Risulta quindi che l'Amministrazione penitenziaria deve proteggere l'incolumità del bambino dai pericoli che possono derivare:

- dal comportamento degli altri detenuti, vigilati dal personale di Polizia penitenziaria⁷⁴;

⁷⁴ Si intende fare riferimento sia alle detenute che ai detenuti; infatti, nonostante l'art. 14, ultimo comma, dell'ord. pen del 1975 stabilisca che le detenute "sono ospitate in istituti separati o in apposite sezioni", non sembra precluso che in alcuni momenti della giornata le detenute ed i detenuti possano essere in compresenza (ad es.: in occasione di cerimonie religiose, durante le traduzioni, nei luoghi nei quali si svolge attività lavorativa o attività scolastica, in occasione della partecipazione alle commissioni previste dall'ordinamento penitenziario, ecc.). Parimenti, non sembra escludersi la possibilità di ricorrere alla compresenza di personale di Polizia penitenziaria o di altri operatori di sesso maschile/femminile nelle sezioni detentive femminili/maschili. Peraltro, la legge 21 aprile 2011, n. 62 ha previsto che presso gli I.C.A.M.

- dai gravi “difetti che presentano i beni dell’Amministrazione penitenziaria ai quali ha accesso il minore (ad esempio: impianti elettrici);
- dal comportamento scorretto o inadeguato del personale gestito dall’Amministrazione;
- da un’inadeguata o insufficiente vigilanza sul minore nel caso in cui la madre sia assente o impossibilitata (di fatto o perché dichiarata interdetta o incapace, ad es.: in attesa che il minore venga preso in carico dal padre o dai servizi sociali comunali).

Si può sostenere, inoltre, che l’Amministrazione penitenziaria ha l’onere di svolgere un ruolo di garanzia nei confronti del minore ospitato in istituto (“obbligo extracontrattuale”) che deve esplicitarsi in iniziative che sfavoriscano il crearsi di “condizioni” non adeguate alla tutela del minore, quali l’assenza o l’incapacità della madre detenuta frequente e di lunga durata; situazioni pericolose per la madre o per il bambino; la realizzazione di fatti illeciti da parte di terzi, ovvero, la gestione del minore da parte di personale inesperto o non abilitato (ad es.: affido del bambino a personale educativo non in possesso dei requisiti professionali richiesti dalla legge⁷⁵). Nei confronti degli operatori dell’Amministrazione penitenziaria, anche nel tempo durante

siano ammessi sia detenute che detenuti (ad es.: art. 285-bis c.p.p.).

⁷⁵ I servizi educativi come gli asili nido, pubblici o privati, anche se collocati all'interno di una struttura penitenziaria, devono possedere i requisiti igienico-sanitari, strutturali e gestionali e personale in conformità alla regolamentazione datane dalle leggi regionali. Si ritiene pertanto che la previsione della possibilità per l’Amministrazione penitenziaria di avvalersi dell’opera di puericultrici sulla base di convenzioni libero professionali (come previsto nella nota del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, Ufficio Centrale Detenuti e Trattamento, Divisione II sanità, prot. n. 0054188 del 10.5.2001) vada considerata non più attuale nei casi in cui la legge regionale che regola la gestione ed il funzionamento dei servizi per l’infanzia richiede a tali operatori educativi titoli professionali diversi o maggiori. Si ritiene parimenti incongrua la previsione di “personale di puericultura” per gli “asili nido” effettuata da alcune regioni nei rispettivi atti di giunta con i quali si approvano le “linee di indirizzo sull’organizzazione della Sanità penitenziaria”, in quanto gli asili nido non sono strutture con finalità sanitarie ma educative, nè sono gestiti dall’amministrazione sanitaria. Si evidenzia che l’assistenza pediatrica non è mai “transitata” alle ASL a seguito del D.P.C.M. 1° aprile 2008, in quanto tale “transito” ha riguardato la sola assistenza sanitaria per i detenuti. Tali previsioni contenute negli atti emanati da alcune regioni, in verità, ripercorrono pedissequamente l’analoga ed altrettanto impropria previsione in materia di assistenza ai bambini e di servizi sanitari ed educativi per la prima infanzia contenuta nell’art. 19 del d.P.R. n. 230/2000 (reg. es. ord. penit.), il quale non tiene nel debito conto delle leggi nazionali e regionali vigenti, ad esempio, in materia di servizi per l’infanzia

il quale è affidata loro la sorveglianza del minore, ad esempio in assenza dall'istituto penitenziario della madre-detenuta per ricovero ospedaliero esterno ovvero per presenziare ad una udienza, trovano applicazione le seguenti fattispecie: 571 c.p. (abuso dei mezzi di correzione e disciplina); 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli)⁷⁶; 574 c.p. (sottrazione di persone incapaci; art. 2047 c.c. (danno cagionato dall'incapace); art. 2048, secondo comma, c.c. (responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte); tale responsabilità si estende alla pubblica amministrazione in virtù del principio organico, ai sensi dell'art. 28 della Costituzione, oppure ex art. 2043 c.c. (risarcimento per fatto illecito). Con l'affidamento temporaneo dei minori all'istituzione penitenziaria ed in assenza o nell'incapacità della madre, si attua un trasferimento di quegli obblighi di vigilanza che di regola incombono sui genitori a tutela dei figli "minori" e che restano "sospesi" per il periodo di tempo connesso all'affidamento stesso. Risulta meritevole di ulteriore approfondimento l'identificazione del criterio di imputazione della responsabilità (*culpa in vigilando*: art. 2048 c.c. oppure 2043 c.c.), atteso che l'identificazione dello stesso comporta conseguenze non irrilevanti sul piano del regime probatorio⁷⁷. Infine, risulta doveroso per l'Amministrazione penitenziaria adottare accorgimenti e misure organizzative che favoriscano l'identificazione delle responsabilità e degli oneri correlati alla vigilanza sul minore, non esclusi quelli attribuibili al padre del minore⁷⁸.

76 L'oggetto della tutela penale del reato di maltrattamenti è rappresentato dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia da comportamenti vessatori e violenti alla tutela dell'incolumità fisica e psichica delle persone indicate nell'art. 572 c.p., interessate al rispetto integrale della loro personalità e delle loro potenzialità.

77 Una responsabilità della pubblica amministrazione per illecito extracontrattuale è astrattamente configurabile anche nella diffusione agli utenti di informazioni inesatte, in quanto lesive della posizione, meritevole di tutela, del privato di affidamento nella stessa; l'amministrazione pubblica, quindi, deve ispirare la propria azione a regole di correttezza, imparzialità e buon andamento ai sensi dell'art. 97 Cost.; sulle informazioni che l'Amministrazione penitenziaria deve rendere accessibili ai detenuti, si richiama quanto previsto all'art. 69 del reg. es. ord. pen., recante "Informazioni sulle norme e sulle disposizioni. che regolano la vita penitenziaria".

78 L'art. 147 c.c. stabilisce oneri a carico di ambedue i genitori, nel testo novellato dall'art. 28 della riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975, n. 151), sia per la vigilanza che per l'educazione, prefigurando, *ex lege*, una "responsabilità vicaria" dei genitori per i fatti dei figli, in taluni casi anche se non conviventi (cfr. in caso di separazione personale dei genitori, l'art. 155, comma 3, c.c.). Sembra coerente con i principi dell'ordinamento in tema di responsabilità genitoriale, l'affermazione che il padre del

11. L'identificazione del minore

La normativa vigente consente il rilascio di documenti per il minore⁷⁹, ma non risulta fornita da parte del Ministero dell'Interno alcuna indicazione operativa per i bambini ospitati negli istituti penitenziari. Particolarmente problematica risulta la procedura di identificazione del minore, non potendo l'Amministrazione penitenziaria in via ordinaria ricorrere a procedure particolari (fotografiche, biologiche o di altro tipo), senza uno specifico provvedimento dell'autorità giudiziaria⁸⁰. Si evidenzia la necessità che l'Amministrazione penitenziaria adotti procedure di polizia amministrativa perché siano sempre svolti

bambino ospitato nell'istituto penitenziario con la madre detenuta, non abbia la possibilità di esplicitare una costante vigilanza sul figlio, di fatto affidato alla vigilanza di altri, ma che abbia comunque una sufficiente possibilità di assumere le decisioni, almeno quelle più importanti, in merito all'educazione del figlio.

79 In conformità al decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70, la carta d'identità può essere rilasciata anche ai minori di tre anni, con validità di tre anni, dal comune di residenza o di dimora temporanea; sono esentati dall'obbligo di rilevamento delle impronte digitali per i documenti di identità i minori di età inferiore a dodici anni. Il possesso di questo documento per tutti i minori presenti negli istituti penitenziari con le madri detenute, potrebbe favorire e semplificare le procedure di identificazione del minore stesso da parte della Polizia penitenziaria in occasione delle uscite/rientri in istituto penitenziario (con o senza la madre detenuta), atteso che attualmente l'identificazione del minore in questi casi risulta spesso del tutto incerta se non approssimativa. Si rammenta che anche l'istituto penitenziario può rilasciare il documento di identità ai detenuti dimessi o ai bambini temporaneamente ospitati con le madri detenute, quale "documento equipollente alla carta di identità"; tale tessera dovrà contenere una fotografia e le generalità dell'interessato, meglio se dedotte dall'estratto di nascita richiesto all'Ufficio di stato civile dove è stato registrato l'evento nascita o almeno da una dichiarazione sostitutiva di certificazione sottoscritta dal genitore, poi confrontate con quelle in possesso dell'Amministrazione penitenziaria (art. 4 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, recante "Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza"; art. 292 del regio decreto 6 maggio 1940, n. 635; art. 35, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa"). Sui motivi per i quali non è stata previsto l'obbligo di rilevare le impronte digitali nei documenti di identità dei minori sotto una certa età, cfr. Regolamento (CE) n. 444/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 maggio 2009 (...) relativo alle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri.

80 Anche in questo caso, risulterebbe improprio il ricorso ordinario all'effettuazione di foto o al prelievo di impronte digitali del minore, dato che, qualora si volesse fare riferimento all'ordinamento penitenziario, tali operazioni sono previste solo per i detenuti; manca, infatti, una specifica previsione normativa che regolamenti le procedure di identificazione del bambino quando fa ingresso in una struttura detentiva con la madre detenuta; ciò nonostante, si evidenzia l'alta problematicità di tale situazione, dove le procedure per l'identificazione del minore siano quelle adottate su iniziativa locale o per mera prassi o non siano adottate per nulla; il rischio è che si impedisca ogni identificazione da parte dell'amministrazione penitenziaria di eventuali abusi da parte della madre detenuta in merito, ad esempio, all'età del bambino, alla sua identità personale, al suo rapporto genitoriale o alla paternità.

accertamenti sulla identità personale del minore⁸¹ oltre che sulla potestà genitoriale della madre detenuta e del padre (libero o detenuto). Non si dovrebbe sottovalutare l'importanza che riveste l'adozione da parte dell'Amministrazione penitenziaria di procedure di identificazione del minore di provata affidabilità, in quanto costituiscono uno strumento per la prevenzione di eventuali abusi sui minori ospitati negli istituti penitenziari, non ultimo, a titolo esemplificativo, lo "scambio" dei minori oppure la permanenza di bambini che hanno superato il limite di età previsto dalle leggi (ad es.: dei tre anni fissato dall'art. 11 dell'ord. pen.).

12. I controlli sul bambino

Quando non siano connesse alle attività di polizia giudiziaria⁸², le perquisizioni sulla persona della madre detenuta sono regolamentate dall'ordinamento penitenziario⁸³ (artt. 34 ord. pen. e 74 reg. es. ord. pen.) e si distinguono in ordinarie⁸⁴, fuori dai casi ordinari⁸⁵, generali⁸⁶,

81 Cfr. la legge 31 marzo 2005, n. 43 che prevede il rilascio della carta di identità elettronica (art. 7-*vicies* ter, comma 2) ed il collegamento dei Comuni all'indice nazionale delle anagrafi (Ina); la carta di identità dei minori di anni 14 potrà riportare, a richiesta, l'indicazione del nominativo dei genitori o di chi ne fa le veci; l'uso di tale carta è subordinato alla condizione che i minori viaggino in compagnia di uno dei genitori o di chi ne fa le veci o che venga menzionato il nome della persona o dell'ente a cui il minore è affidato durante il viaggio (art. 40, decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1).

82 Per le attività delle polizia giudiziaria finalizzate alla prevenzione ed alla repressione del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, cfr. l'art. 103 del d.P.R. 309/1990; per la regolamentazione dell'ispezione personale da parte della polizia giudiziaria, cfr. artt. 244 segg., 348 e 349 c.p.p.

83 Le perquisizioni personali dei detenuti devono essere esclusivamente motivate dall'esigenza di garantire la sicurezza, devono essere effettuate sempre nel pieno rispetto della personalità, devono essere compiute quando possibile svolgendo gli accertamenti con strumenti di controllo e devono sempre essere documentate in apposito registro (cfr.: art. 41 ord. pen.; Corte Costituzionale, sentenza n. 526 del 15.11.2000; circolare D.A.P. 3542/5992 del 16.2.2001; lettera circolare D.A.P. n. 9952 del 12.1.2011). Le perquisizioni effettuate sui detenuti ed i controlli sulle persone che fanno ingresso negli istituti e sugli ambienti detentivi, devono essere effettuate dal Corpo di Polizia penitenziaria (art. 5 legge n. 395/1990; d.P.R. 15 febbraio 1999, n. 82 "Regolamento di servizio del Corpo di polizia penitenziaria").

84 Il regolamento interno dell'istituto penitenziario stabilisce quali sono le situazioni nelle quali si devono effettuare le perquisizioni ordinarie; sono da ritenersi ordinarie, ad esempio, le perquisizioni di cui all'art. 83 reg.es. ord. pen. in caso di trasferimento del detenuto, oppure quelle previste all'art. 23 reg. es. ord. pen. in caso di ingresso in istituto.

85 Tali perquisizioni, possono essere effettuate solo in casi di particolare urgenza e per esigenze di sicurezza, su "ordine del direttore" dell'istituto; quando la Polizia penitenziaria procede di sua iniziativa, ne deve dare immediato avviso al direttore.

86 Le perquisizioni generali sono svolte su ordine del direttore e, solo in casi eccezionali; è possibile che la Polizia penitenziaria si avvalga della collaborazione delle altre forze di Polizia messe a disposi-

urgenti⁸⁷; le stesse fonti normative possono legittimare i controlli sul bambino ospitato nella sezione detentiva con la madre detenuta; particolare importanza costituisce la regolamentazione data dal regolamento interno dell'istituto penitenziario (art. 16 ord. pen.) alle perquisizioni ordinarie⁸⁸. Profili potenzialmente problematici possono concretamente emergere nella fase dell'acquisizione del consenso della madre-detenuta da parte dalla Polizia penitenziaria, della presenza della madre a tali operazioni condotte sul figlio e nell'identificazione delle procedure corrette affinché sia garantita l'efficacia della perquisizione e dei controlli e, nel contempo, il rispetto dei diritti del minore e della madre detenuta. Ovviamente, tali procedure non possono essere affidate alla sola iniziativa personale o alla discrezionalità degli operatori.

13. La tutela dei diritti (cenni)

In caso di asserita violazione dei diritti del bambino ospitato nella struttura penitenziaria, da parte dell'esercente la potestà genitoriale (madre detenuta e padre detenuto o libero), occorre identificare l'organo competente al quale si può afferire, soprattutto nei casi in cui le asserite violazioni dei diritti del bambino non risultino palesemente connesse a violazioni dei diritti della madre o del padre detenuto⁸⁹. La competenza del Magistrato di sorveglianza potrebbe essere affermata nei casi in cui esercita la sua vigilanza incidentalmente sul minorenne, ma, in via principale, sugli istituti di prevenzione e pena (art. 69 ord. pen.) o nel caso in cui abbia in corso l'esame di un reclamo di un detenuto, presentato *ex art. 35 ord. pen.*⁹⁰. Non risulta agevole affermare la competenza del

zione dal Prefetto (art. 13 legge 1 aprile 1981, n. 121).

⁸⁷ In questi casi, il personale di polizia penitenziaria può agire di sua iniziativa alla perquisizione, informandone immediatamente il direttore e motivando.

⁸⁸ Sulle perquisizioni nelle sezioni detentive femminili, cfr. circolari del D.A.P. 2 aprile 2000, n. 652715, "Schema di regolamento interno - tipo per gli istituti penitenziari" e 26 febbraio 2001 n. 3542/5992.

⁸⁹ Ad esempio, nel caso in cui l'Amministrazione penitenziaria dovesse non consentire alla madre di tenere con sé il figlio di età inferiore ai tre anni, senza alcuna motivazione giuridicamente rilevante. In questi casi, risulterebbe violato anche il diritto della madre detenuta riconosciuto dall'art. 11 ord. pen., sicuramente ricorribile al Magistrato di sorveglianza, il quale sarebbe chiamato ad esercitare un controllo di legalità in ordine alla corretta esecuzione delle pene.

⁹⁰ E' oramai affermata la giurisdizionalità *in executivis* dell'intervento in sede di reclamo del

Magistrato di sorveglianza nei caso in cui siano in discussione questioni attinenti esclusivamente l'organizzazione o il funzionamento di servizi per l'infanzia, pur se attivati all'interno dell'istituto penitenziario, come degli asili nido o dei servizi sanitari pediatrici o la violazione dei diritti dei bambini⁹¹. Analoga problematica si pone in merito alla questione della eventuale competenza del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT)⁹², il quale può effettuare visite nei luoghi di detenzione, per verificare le condizioni di trattamento delle "persone private della libertà"; non si ritiene possano infatti includersi tra i "privati della libertà" i bambini di età ospitati negli istituti penitenziari. Peraltro, risulterebbe "non azzardato" affermare che ogni violazione dei diritti del minore (alla salute, all'alimentazione, all'igiene, ad una socialità adeguata all'età ...) ospitato nell'istituto penitenziario si ripercuote inevitabilmente sui diritti della madre-detenta ad esercitare il suo ruolo genitoriale in un contesto adeguato ai bisogni del minore-figlio. Va poi valutata con attenzione la diversa tesi che i bambini, in quanto "reclusi loro malgrado", possano rientrare nella competenza del CPT, anche per consentire all'organo sovra nazionale, una tutela ampia dei diritti di chiunque, a qualunque titolo, sia presente nei luoghi di detenzione visitati⁹³.

magistrato di sorveglianza (cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 351 del 1996): il controllo giurisdizionale sui provvedimenti ministeriali si estende al loro contenuto dispositivo, sino a valutarne la legittimità in concreto delle singole misure disposte (es.: eccesso di potere per non corretto uso del potere amministrativo; lesioni di situazioni non comprimibili; violazione art. 13 Cost...).

91 71 Il ruolo di vigilanza, accreditamento, autorizzazione, ecc. degli Enti locali sui servizi per l'infanzia discende dalle relative norme regionali.

92 Il CPT è stato istituito in virtù della "Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti", entrata in vigore nel 1989; è basato sull'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che stabilisce che "Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

93 Cfr. altresì la legge 9 novembre 2012, n. 195, recante "Ratifica ed esecuzione del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti, fatto a New York il 18 dicembre 2002", che sembra porre analoga questione nel momento in cui crea un sistema di visite regolari svolte da organismi indipendenti nazionali e internazionali "nei luoghi in cui le persone sono private della libertà" (art. I del Protocollo cit.)

14. Conclusioni

Negli ultimi anni si è assistito ad un rinnovato interesse per la tutela dei diritti dei minori, anche di quelli “loro malgrado” inseriti nel particolare contesto penitenziario; infatti, sono state realizzate iniziative⁹⁴ che hanno richiamato l’attenzione dell’opinione pubblica, del legislatore e degli amministratori sui bambini ospitati nelle sezioni detentive con le madri detenute, al fine di creare le condizioni perché l’espiazione della pena o della misura cautelare della madre, non si ripercuota negativamente sul benessere e sullo sviluppo psicologico e fisico del figlio. La riflessione culturale e giuridica si è innanzitutto centrata sulle proposte gestionali e normative che possono consentire alla madre, imputata o condannata, di accudire il figlio, in una situazione meno afflittiva di quella che le strutture penitenziarie ordinarie consentono, a beneficio innanzitutto del minore. L’effetto delle riforme legislative degli ultimi anni è stato innanzitutto quello di aumentare le misure che consentono di evitare l’ingresso in carcere per le donne con prole⁹⁵.

Nel presente contributo si è cercato di approfondire alcuni aspetti, giuridici ed operativi, che si ritiene siano strettamente pertinenti alla gestione da parte dell’Amministrazione penitenziaria delle madri detenute nel contesto penitenziario “tradizionale”, per quanto sia prevedibile e comunque auspicabile che tale situazione riguarderà in futuro un numero sempre meno significativo di madri con figli minorenni sottoposte a custodia cautelare o ad espiazione della pena detentiva.

Infatti, se le misure alternative alla detenzione o comunque le misure penitenziarie introdotte negli ultimi anni favoriscono il mantenimento del legame madre-figlio parzialmente o del tutto al di fuori del sistema penitenziario, per un numero residuale di bambini potrebbe continuare a rendersi utile la loro permanenza con la madre detenuta. L’analisi svolta in questa sede ha cercato di definire l’ambito normativo relativo ai servizi

94 Ad es., da parte delle associazioni “Bambini senza sbarre” (www.bambinisenzasbarre.org), “Telefono azzurro” (www.azzurro.it), “A Roma insieme” (www.aromainsieme.it) e di altre numerose associazioni.

95 Nonostante la ben maggiore rilevanza statistica del fenomeno dei detenuti padri separati dai loro figli, tale tematica risulta trascurata in letteratura (cfr. Lidia Galletti, “*Il caso dei detenuti padri: problematiche e possibili interventi*”, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, 2005, pp. 219-229).

sanitari ed educativi per l'infanzia con quello delineato dall'ordinamento penitenziario a partire dal 1975. Ne è emersa una piena compatibilità "teorica" tra i diversi ordinamenti, in quanto tutti ispirati ai valori ed ai principi costituzionali. Pertanto, il sistema penitenziario, nel suo insieme e valorizzato dalla sua molteplicità di soggetti e di prassi, deve dare oggi prova di avere recepito le riforme costituzionali che hanno visto il trasferimento negli ultimi decenni di numerose competenze agli enti locali (in materia di servizi sociali, sanitari, per i minori...). Il sistema dei servizi locali, in particolare, deve ancora dare prova di saper approntare, accreditare o autorizzare i servizi per l'infanzia anche all'interno delle strutture penitenziarie, rendendoli adeguati alle particolarissime esigenze emergenti. L'Amministrazione penitenziaria è chiamata a svolgere con sempre maggiore consapevolezza il suo compito di vigilanza, di segnalazione, di intervento, di sollecitazione e di raccordo tra le diverse autorità civili, penali ed amministrative, che sulla detenuta madre e sul suo figlio minorenni esercitano i diversi poteri, favorendo l'effettività della tutela dei diritti del minore nel rispetto della potestà genitoriale di entrambi i genitori; tale onere deve essere esplicitato dall'Amministrazione penitenziaria in situazioni e realtà molto eterogenee, delle quali si è cercato, pur succintamente, di dare conto. L'intervento dell'Amministrazione penitenziaria, infatti, si caratterizza per i livelli di responsabilità di eccezionale complessità, richiede continue interazioni tra diversi apparati ed organi dello Stato e presuppone la condivisione di una strategia operativa tra diverse amministrazioni centrali e locali, oltre che una consolidata conoscenza delle problematiche e delle dinamiche che interessano le relazioni familiari nell'attuale contesto sociale⁹⁶. Si auspica che l'Amministrazione

⁹⁶ Se l'approccio che sembra poter garantire una adeguata protezione dei minori nei diversi contesti di intervento, è quello intersettoriale, interdisciplinare e integrato, la criticità che sembra emergere concretamente dall'osservazione dei servizi "penitenziari" per l'infanzia è quella della carente definizione di una strategia globale e della scarsa valutazione di compatibilità e di coerenza con le strategie nazionali e locali definite dagli organi competenti istituzionalmente alla tutela dell'infanzia. Favoriscono l'adozione di iniziative non uniformi nelle diverse realtà penitenziarie la mancata definizione a livello nazionale dei LIVEAS (livelli essenziali di assistenza sociale), la mancata adozione di specifici strumenti gestionali o operativi di raccordo tra i servizi sanitari con quelli sociali, la carente adozione da parte delle amministrazioni pubbliche di una strategia che contrasti la frammentazione delle competenze e nella programmazione, a livello sia nazionale che regionale o locale; la diffusa cultura, emergente in particolare negli atti di

penitenziaria acquisti una sempre maggiore consapevolezza del proprio ruolo “sociale” anche nel campo della tutela dei diritti dei bambini.

Allegato

Riferimenti normativi regionali in materia di servizi per l'infanzia

Abruzzo

Legge regionale 14 settembre 1999, n. 70 “Intervento della Regione Abruzzo per la realizzazione della scuola a domicilio e per l’inserimento e l’integrazione sociale delle persone disabili”.

Legge regionale 28 aprile 2000, n. 76 “Norme in materia di servizi educativi per la prima infanzia”;

Deliberazione della Giunta regionale 26 giugno 2001, n. 565 “L. R. 28 aprile 2000, n. 76, Norme in materia di servizi educativi per la prima infanzia” - Approvazione direttive generali di attuazione”;

Legge regionale 32/02 “Modifiche ed integrazioni alla Legge Regionale L.R. 76/00”;

Legge regionale 4 gennaio 2005, n. 2 “Disciplina delle autorizzazioni al funzionamento e dell’accreditamento di soggetti eroganti servizi alla persona”;

D.G.R. 1058/2006 “Legge regionale 28 Aprile 2000, n° 76, “Norme in materia di servizi educativi per la prima infanzia”; Modifica DGR 565/2001; proroga regime transitorio”;

D.G.R. 1073/2007 “Legge regionale 28 Aprile 2000, n° 76, “Norme

programmazione dei servizi pubblici, che pone maggiore attenzione alle attività di repressione più che a quelle di prevenzione.

in materia di servizi educativi per la prima infanzia”–Modifica ed integrazione DGR 1058/2006 –Proroga regime transitorio;

D.G.R. 23 dicembre 2011, n° 935 ”Approvazione “Disciplina per la sperimentazione di un sistema di accreditamento dei servizi educativi per la prima infanzia”.

Basilicata

Legge regionale 4 maggio 1973, n. 6 “Determinazione dei criteri generali per la costruzione, la gestione ed il controllo degli asili-nido, di cui all’art. 6 della legge 6 dicembre 1971, n. 1044”;

Delibera consiliare n. 1280 del 22 dicembre 1999 “Piano socio - assistenziale 2000-2002”;

Legge regionale del 14 aprile 2000, n. 45 “Interventi a favore della famiglia”;

Legge regionale 4/2007 “Rete regionale integrata dei servizi di cittadinanza sociale”.

Calabria

Legge regionale 27 agosto 1973, n. 12 “Disciplina dei Nidi d’infanzia”;

Legge regionale 23/2003 “Realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali nella Regione Calabria (in attuazione della l. 328/2000)”;

Legge regionale 2 febbraio 2004, n. 1 “Politiche regionali per la famiglia”;

Deliberazione della Giunta regionale n. 748 del 19 novembre 2010 “Linee guida per il periodo sperimentale 2010-2013. Requisiti strutturali e organizzativi dei servizi educativi per la prima infanzia”.

Campania

Legge regionale 4 settembre 1974, n. 48 “Costruzione, gestione e controllo degli asili-nido comunali”;

Legge regionale 7 luglio 1984, n. 30 “Normativa regionale per l’impianto, la costruzione, il completamento, l’arredamento e la gestione di asili-nido”;

Regolamento regionale n. 6 del 18 dicembre 2006;

Deliberazione della Giunta regionale 29 dicembre 2007, n. 2300 “Criteri e modalità per la concessione ai Comuni di contributi a sostegno degli interventi di costruzione e gestione degli asili nido, nonché micronidi nei luoghi di lavoro”;

Deliberazione della Giunta regionale 23 dicembre 2008, n. 2067 “Piano straordinario per lo sviluppo dei servizi socio-educativi per la prima infanzia. Provvedimenti”;

Decreto Giunta regionale 19 giugno 2009, n. 1129 “Proposta al Consiglio Regionale per l’approvazione del “Regolamento di attuazione della Legge regionale 23 ottobre 2007 n. 11”.

Emilia Romagna

Legge regionale 10 gennaio 2000, n. 1 “Norme in materia di servizi educativi per la prima infanzia”;

Legge regionale 14 aprile 2004, n. 8 “Modifiche alla legge regionale del 10 gennaio 2000, n. 1 recante “Norme in materia di servizi educativi per la prima infanzia”;

Delibera Regionale 646/2005 “Direttiva sui requisiti strutturali ed organizzativi dei servizi educativi per la prima infanzia e relative norme procedurali”;

Deliberazione della Giunta regionale 27 luglio 2009, n. 1067 “Modalità di valutazione dei servizi sperimentali rivolti ai bambini in età 0-3 (L.R. n. 1/2000 s.m. e delib. Assemblea legislativa n. 202/2008)”;

Delibera del Consiglio regionale 25 luglio 2012 n. 85 “Direttiva in materia di requisiti strutturali ed organizzativi dei servizi educativi per la prima infanzia e relative norme procedurali. Disciplina dei servizi ricreativi e delle iniziative di conciliazione”.

Friuli Venezia Giulia

Legge regionale 26 ottobre 1987, n. 32 “Disciplina degli asili-nido comunali”;

Decreto del Presidente della Giunta regionale 12 agosto 2004, n. 0263/Pres. “Legge regionale n. 49/1993, articolo 12, comma 2-*bis* - Regolamento per l’assegnazione, concessione ed erogazione dei contributi volti a sostenere il potenziamento della rete degli asili nido esistenti attraverso l’istituzione di nidi e micro-nidi aziendali. Approvazione”;

Legge regionale del 18 agosto 2005, n. 20 “Norme in materia di servizi educativi per la prima infanzia;

Decreto del Presidente della Regione 27 marzo 2006, n. 87/Pres., “Regolamento recante requisiti e modalità per la realizzazione, l’organizzazione, il funzionamento e la vigilanza nonché le modalità per la concessione dell’autorizzazione al funzionamento dei nidi d’infanzia ai sensi dell’articolo 13, comma 2, lettera a) e d) della Legge regionale 20/2005. Approvazione...”.

Decreto del Presidente della Regione n. 293 del 6 ottobre 2006 “Regolamento di cui alla legge regionale 18 agosto 2005, n. 20, articolo 13, comma 2 lettere a) e d) recante requisiti e modalità per la realizzazione, l’organizzazione, il funzionamento e la vigilanza nonché modalità per la concessione dell’autorizzazione al funzionamento dei nidi d’infanzia...”;

Legge regionale L.R. 7/2010 “Modifiche alla l. r. 20/2005”.

Lazio

Legge regionale 16 giugno 1980, n. 59 “Norme sugli asili nido”;

Delibera Giunta regionale n. 2699/1998 “Primi adempimenti relativi agli indirizzi ed alle direttive nei confronti degli enti locali per l’esercizio delle funzioni conferite ai sensi della legge regionale 5 marzo 1997, n. 4 e della legge regionale 5 marzo 1997, n. 5 in materia di assistenza sociale”;

Legge regionale 3 gennaio 2000, n. 3 “Asili nido presso strutture di lavoro. Modifiche alla legge regionale 16 giugno 1980, n. 59”;

Legge regionale 7 dicembre 2001, n. 32 “Interventi a sostegno della famiglia”;

Legge regionale del 12 dicembre 2003, n. 41 “Norme in materia di autorizzazione all’apertura ed al funzionamento di strutture che prestano servizi socioassistenziali”;

Legge regionale 24 dicembre 2003, n. 42 “Interventi a sostegno della famiglia concernenti l’accesso ai servizi educativi e formativi della prima infanzia”;

Regolamento regionale 18 gennaio 2005, n. 2 “Regolamento di attuazione dell’articolo 2 della legge regionale 12 dicembre 2003, n. 41. Modalità e procedure per il rilascio dell’autorizzazione all’apertura ed al funzionamento delle strutture che prestano servizi socio-assistenziali”.

Liguria

Deliberazione G.iunta regionale 1° marzo 2000, n. 292 “Legge regionale 5 dicembre 1994, n. 64, Disciplina degli asili nido e dei servizi integrativi. Standard strutturali riguardanti i servizi integrativi agli asili nido pubblici e privati ai sensi dell’art. 5, comma 1”;

Deliberazione della Giunta regionale 27 giugno 2000, n. 714;

Deliberazione della Giunta regionale 30 ottobre 2001, n. 1291 “Rideterminazione standards strutturali degli asili nido e dei servizi

integrativi agli asili nido, pubblici e privati, ai sensi dell'art. 5, comma 1, L.R. 5 dicembre 1994, n. 64;

Legge regionale del 9 aprile 2009, n. 6 “Promozione delle politiche per i minori e i giovani”;

Legge regionale 11 maggio 2009, n. 18 “Sistema educativo regionale di istruzione, formazione e orientamento”.

D.G. R. 12 maggio 2009, n. 588 “Approvazione delle linee guida sugli standard strutturali, organizzativi e qualitativi dei servizi socioeducativi per la prima infanzia, in attuazione dell'articolo 30, comma 1, lettera D) della L.R. 9/04/2009, n. 6”;

Delibera G. R. 6 dicembre 2011, n. 1471 “Accreditamento dei servizi socioeducativi per la prima infanzia: definizione dei criteri e degli indirizzi per i procedimenti amministrativi inerenti l'avvio della sperimentazione relativamente alla tipologia di servizio ‘nido d'infanzia’”.

Lombardia

Deliberazione del Consiglio regionale 23 giugno 1977, n. II/469;

Provvedimento della C.C.A.R. n. spec. 7237/9636 del 14 luglio 1977 “Criteri per il riconoscimento della idoneità al funzionamento degli asili nido di natura privata”;

Legge regionale 17 maggio 1980, n. 57 “Disposizioni di attuazione della legge 6 dicembre 1971, n. 1044, e legge 29 novembre 1977, n. 891 in materia di asili nido”;

Legge regionale 7 gennaio 1986, n. 1 “Riorganizzazione e programmazione dei servizi socio-assistenziali della regione Lombardia”: titolo VII “Autorizzazioni, convenzioni, deleghe in materia di vigilanza”, art.li 50-56”;

Legge regionale 6 dicembre 1999, n. 23 “Politiche regionali per la famiglia”;

Deliberazione della Giunta regionale 11 febbraio 2005, n. 7/20588 “Definizione dei requisiti minimi strutturali e organizzativi di autorizzazione al funzionamento dei servizi sociali per la prima infanzia”;

D. G. R. 16 febbraio 2005, n. 20943 “Definizione dei criteri per l’accreditamento dei servizi sociali per la prima infanzia, dei servizi sociali di accoglienza residenziale per minori e dei servizi sociali per persone disabili”;

Circolare regionale 18 ottobre 2005, n. 45 “Attuazione della Delib. G. R. n. 7/20588 del 11 febbraio 2005 «Definizione dei requisiti minimi strutturali ed organizzativi di autorizzazione al funzionamento dei servizi sociali per la prima infanzia»: indicazioni, chiarimenti, ulteriori specificazioni”;

Circolare regionale 24 agosto 2005, n. 35 “Primi indirizzi in materia di autorizzazione, accreditamento e contratto in ambito socio-assistenziale”;

Circolare regionale 18/2007 “Indirizzi regionali in materia di formazione/aggiornamento degli operatori socio-educativi ai fini dell’accreditamento delle strutture sociali per minori e disabili ai sensi della DGR n° 7/20943 del 16 febbraio 2005: “Definizione dei criteri per l’accreditamento dei servizi sociali per la prima infanzia, dei servizi di accoglienza per minori e dei servizi sociali per persone disabili”;

Legge regionale 12 marzo 2008, n. 3 “Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario”;

Deliberazione della Giunta regionale 13 giugno 2008, n. 8/7437 “Determinazione in ordine all’individuazione delle unità di offerta sociali ai sensi dell’articolo 4, comma 2 della L.R. n. 3/2008”;

Circolare regionale 20 giugno 2008, n. 8 “Seconda circolare applicativa della L.R. n. 3/2008 “Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario”;

Deliberazione della Giunta regionale 3 febbraio 2010, n. 8/11152 “Determinazioni in ordine alla attuazione dell’azione: «Acquisto da

parte del sistema pubblico di posti già autorizzati nelle unità d'offerta socio-educative per la prima infanzia del sistema privato» ai sensi della Delib. G. R. n. 8/8243 del 22 ottobre 2008 «Realizzazione di interventi a favore delle famiglie e dei servizi socio-educativi per la prima infanzia – Attuazione della Delib.G.R. n. 8/6001 del 2007 e dell'Intesa del 14 febbraio 2008»;

Marche

Legge regionale del 13 maggio 2003, n. 9 “Disciplina per la realizzazione e gestione dei servizi per l’infanzia, per l’adolescenza e per il sostegno alle funzioni genitoriali e alle famiglie e modifica della Legge regionale 12 aprile 1995, n. 46 concernente: Promozione e coordinamento delle politiche di intervento in favore dei giovani e degli adolescenti”;

Deliberazione della Giunta regionale 15 giugno 2004, n. 642 “Criteri e modalità per la concessione dei contributi per la realizzazione e gestione dei servizi per l’infanzia, l’adolescenza ed il sostegno alle funzioni genitoriali di cui alla legge regionale 13 maggio 2003, n. 9”;

Regolamento regionale 22 dicembre 2004, n. 13 “Requisiti e modalità per l’autorizzazione e l’accreditamento dei servizi per l’infanzia, per l’adolescenza e per il sostegno alle funzioni genitoriali e alle famiglie di cui alla L.R. 13 maggio 2003, n. 9”;

Regolamento regionale del 28 luglio 2008, n° 1 “Modifica al Reg. 22 dicembre 2004, n° 13 “Requisiti e modalità per l’autorizzazione e l’accreditamento dei servizi per l’infanzia, per l’adolescenza e per il sostegno alle funzioni genitoriali e alle famiglie di cui alla legge regionale 13 maggio 2003, n° 9”;

D.G.R. 24 maggio 2011, n. 722 “Approvazione ‘Modello di Agrinido di Qualità’ della Regione Marche”

Molise

Legge regionale 22 agosto 1973, n. 18 “Norme per la costruzione, la

gestione ed il controllo del servizio sociale degli asili nido”;

Legge regionale 23.1.1976, n. 5 “Costruzione e gestione degli asili nido”;

Deliberazione della Giunta regionale 6 marzo 2006, n. 203 “Direttiva in materia di autorizzazione e accreditamento dei servizi e delle strutture, con partecipazione degli utenti al costo dei servizi, rapporto tra enti pubblici ed enti gestori”;

Deliberazione Consiglio regionale 12 novembre 2004, n. 251 “Piano Sociale Regionale Triennale 2004/2006” - Direttiva in materia di autorizzazione e accreditamento dei servizi e delle strutture, compartecipazione degli utenti al costo dei servizi, rapporto tra Enti pubblici ed Enti gestori – Provvedimenti”;

Deliberazione della Giunta regionale 28 dicembre 2009, n. 1276 “Direttiva sui requisiti strutturali ed organizzativi dei servizi educativi per la prima infanzia che sostituisce la parte II “Tipologie delle strutture e dei servizi Area prima infanzia” della Direttiva in materia di autorizzazione e accreditamento dei servizi e delle strutture, compartecipazione degli utenti al costo dei servizi, rapporto tra Enti pubblici ed Enti gestori di cui alla Delib.G.R. 6 marzo 2006, n. 203 – Approvazione”.

Piemonte

Legge regionale 15 gennaio 1973, n. 3 “Asili nido - Criteri generali per la costruzione, l’impianto e la gestione e il controllo degli asili-nido comunali”;

Linee guida per la progettazione di un asilo nido (estratto del capitolato tipo per la costruzione di asili nido approvato con DD.G.R. nn. 54-3346 del 80/06/1975 e 77-3869 del 7 luglio 1976);

Deliberazione del Consiglio regionale 15 luglio 1998, n. 479-8707 “Attuazione legge 28 agosto 1997, n. 285 recante: Disposizioni per la promozione di diritti e opportunità per l’infanzia e l’adolescenza”. Obiettivi, criteri e procedure”;

Decreto Giunta regionale n. 19-1361 20 novembre 2000 “Centro di custodia oraria - Baby parking - Individuazione dei requisiti strutturali e gestionali”;

Legge regionale 8 gennaio 2004, n. 1 “Norme per la realizzazione del sistema regionale integrato di interventi e servizi sociali e riordino della legislazione di riferimento”;

Deliberazione della Giunta regionale 29 dicembre 2004 n. 48-14482 “Nido in famiglia - Individuazione dei requisiti minimi del servizio”;

D.G.R. del 2 maggio 2006, n. 13-2738 “Micro-nidi – Individuazione dei requisiti strutturali e gestionali”;

D.G.R. del 20 giugno 2008, n. 2-9002 “Sezione primavera – Approvazione direttive relative agli standard minimi del servizio”;

Deliberazione della Giunta regionale 13 luglio 2009, n. 24-11743 “Approvazione criteri assegnazione contributi per il sostegno all’utilizzo degli asili nido e micro nidi privati, dei baby parking e nidi in famiglia, per il prolungamento dell’orario dei nidi comunali e per il nuovo convenzionamento tra Comuni per l’utilizzo dei nidi comunali”;

Deliberazione della Giunta regionale 14 settembre 2009, n. 25-12129 “Requisiti e procedure per l’accreditamento istituzionale delle strutture socio sanitarie”.

Puglia

Legge regionale 10 luglio 2006 n. 19 “Disciplina del sistema integrato dei servizi sociali per la dignità e il benessere delle donne e degli uomini in Puglia”;

Regolamento regionale 18 gennaio 2007, n. 4 “Legge regionale 10 luglio 2006, n. 19 – Disciplina del sistema integrato dei servizi sociali per la dignità e il benessere delle donne e degli uomini di Puglia”;

Regolamento regionale del 7 agosto 2008, n. 19 “Modifiche al regolamento regionale 18 gennaio 2007, n. 4”;

Decreto del Presidente della Giunta regionale 22 luglio 2008, n. 4 “Regolamento di attuazione dell’articolo 43 della legge regionale 23 dicembre 2005, n. 23. Organizzazione e funzionamento delle strutture sociali, istituti di partecipazione e concertazione”;

Regolamento regionale 7 agosto 2008, n. 19 “Modifiche al Reg. 18 gennaio 2007, n. 4”;

Regolamento regionale 18 aprile 2012, n. 7 “Modifiche urgenti al Regolamento Regionale n. 4 del 18 gennaio 2007 e s.m.i.”.

Sardegna

Legge regionale 25 gennaio 1988, n. 4 “Riordino delle funzioni socio-assistenziali”

Legge regionale 1 agosto 1973, n. 17 “Norme per l’applicazione della legge 6 dicembre 1971, n. 1044, concernenti la costruzione, la gestione e il controllo degli asili-nido nella Regione Sarda”;

Legge regionale 23 dicembre 2005, n. 23 “Sistema integrato dei servizi alla persona. Abrogazione della legge regionale n. 4 del 1988”;

Decreto del Presidente della Regione 22 luglio 2008, n. 4 “Regolamento di attuazione dell’articolo 43 della legge regionale 23 dicembre 2005, n° 23, Organizzazione e funzionamento delle strutture sociali”

Deliberazione della Giunta regionale n. 20/0 del 28.4.2009;

Delibera G. R. 14 novembre 2008, n. 62/24 “Requisiti per l’autorizzazione al funzionamento delle strutture e dei servizi educativi per la prima infanzia. Approvazione definitiva”;

Delibera G. R. n. 28/11 del 19.06.09 “Requisiti per l’autorizzazione al funzionamento delle strutture e dei servizi educativi per la prima infanzia. Modifiche ed integrazioni alla del. N. 62/24 del 14.11.2008. Approvazione definitiva. All. alla delib. G. R. n. 28/11 del 19.06.09”.

Sicilia

Legge regionale 22 luglio 1972 n. 39 “Istituzione di asili-nido nei

comuni della Regione, in applicazione della legge 6 dicembre 1971, n. 1044 Legge regionale 14 settembre 1979, n. 214 “Disciplina degli Asili Nido nella regione siciliana”;

Decreto assessorile 12 dicembre 1979 “Approvazione di un nuovo schema di regolamento per la gestione degli asili-nido nella Regione siciliana”;

Legge regionale 9 maggio 1986, n. 22 “Riordino dei servizi e delle attività socio-assistenziali in Sicilia”;

Decreto del Presidente della Giunta regionale 28 maggio 1987 “Regolamento-tipo sull’organizzazione dei servizi socio-assistenziali”;

Decreto del Presidente della Giunta regionale 29 giugno 1988 “Standards strutturali ed organizzativi dei servizi e degli interventi socio assistenziali previsti dalla legge regionale 9 maggio 1986, n. 22”;

Legge regionale 31 luglio 2003, n. 10 “Norme per la tutela e la valorizzazione della famiglia”;

D.A. del 17 febbraio 2005, n. 400 “Direttive per la presentazione di progetti finalizzati alla realizzazione di asili nido e micro nidi nei luoghi di lavoro e al potenziamento degli asili nido comunali con utilizzo delle risorse finanziarie relative al fondo per gli asili nido di cui all’art. 70 della Legge 448/2001”, Allegato A “Standard minimi strutturali ed organizzativi del micro nido” (modificato con D.A. 1740/2005).

Toscana

Legge regionale 26 luglio 2002, n. 32 “Testo unico della normativa della Regione Toscana in materia di educazione, istruzione, orientamento, formazione professionale e lavoro”;

Regolamento 8 agosto 2003, n. 47/R “Regolamento di esecuzione della L.R. 26/07/2002, n. 32 (Testo unico della normativa della Regione Toscana in materia di educazione, istruzione, orientamento, formazione professionale e lavoro)”;

Decreto del Presidente della Giunta regionale 30 dicembre 2009, n. 88/R

“Modifiche al regolamento emanato con D.P.G.R. 8 agosto 2003, n. 47/R (Regolamento di esecuzione della legge regionale 26 luglio 2002, n. 32) in materia di servizi educativi per la prima infanzia e di educazione non formale dell’infanzia, degli adolescenti, dei giovani e degli adulti”;

Delibera 15 febbraio 2010, n. 157 “Modifiche al regolamento emanato con D.P.G.R. 30 dicembre 2009 n. 88/R recante “Modifiche al regolamento emanato con D.P.G.R. 8 agosto 2003 n. 47/R (Regolamento di esecuzione della L.R.26 luglio 2002 n. 32) in materia di servizi educativi per la prima infanzia e di educazione non formale dell’infanzia, degli adolescenti, dei giovani e degli adulti”. Trasmissione al Consiglio regionale ed al CAL per l’espressione dei pareri previsti dallo Statuto”;

D.P.G.R. 16 marzo 2010, n. 30R Modifiche al regolamento emanato con decreto del Presidente della Giunta Regionale 8 agosto 2003 n. 47/R (Regolamento di esecuzione della legge regionale 26 luglio 2002 n. 32) e al regolamento emanato con decreto del Presidente della Giunta regionale 30 dicembre 2009 n. 88/R (Modifiche al regolamento emanato con decreto del Presidente della Giunta Regionale 8 agosto 2003 n. 47/R), in materia di servizi educativi per la prima infanzia.

Umbria

Legge regionale 22 dicembre 2005, n. 30 “Sistema integrato dei servizi socio-educativi”;

Regolamento regionale 20 dicembre 2006, n. 13 “Norme di attuazione della legge regionale n. 30 in materia di servizi socio educativi per la prima infanzia”;

Regolamento regionale 22 dicembre 2010, n. 9 “Modificazioni ed integrazioni al regolamento regionale 20 dicembre 2006, n. 13 (Norme di attuazione della legge regionale 22 dicembre 2005, n. 30 in materia di servizi socio-educativi per la prima infanzia)”.

Provincia Autonoma di Trento

Deliberazione della Giunta provinciale 16 marzo 1992, n. 3022 “Approvazione Testo Unico delle leggi provinciali concernenti i criteri generali per la costruzione, la gestione ed il controllo degli asili nido comunali costruiti o gestiti con interventi della Provincia”;

Legge provinciale 12 marzo 2002, n. 4 “Nuovo ordinamento dei servizi socio-educativi per la prima infanzia”;

Deliberazione della Giunta provinciale 1 agosto 2003, n. 1891 “Approvazione dei requisiti strutturali e organizzativi, dei criteri e delle modalità per la realizzazione e per il funzionamento dei servizi, nonché delle procedure per l’iscrizione all’albo provinciale dei soggetti di cui alla lettera b) del comma 1 dell’articolo 7 della legge provinciale 12 marzo 2002, n. 4 in materia di nuovo ordinamento dei servizi socio-educativi per la prima infanzia” (modificata dalle successive deliberazioni giuntali: n. 2713 del 17 ottobre 2003, n. 424 del 27 febbraio 2004, n. 1856 del 6 agosto 2004, n. 2086 del 30 settembre 2005, n. 1550 del 28 luglio 2006 e n. 2204 del 29 agosto 2008);

Legge provinciale 19 ottobre 2007, n. 17, “Modificazioni della legge provinciale del 12 marzo 2002, n. 4 - Nuovo ordinamento dei servizi socio-educativi per la prima infanzia”;

Deliberazione della Giunta provinciale 29 agosto 2008, n° 2204 “Legge provinciale 12 marzo 2002, n° 4 e ss.mm.”Nuovo ordinamento dei servizi socio-educativi per la prima infanzia”.

Provincia autonoma di Bolzano - Bozen

Legge provinciale dell’8 novembre 1974, n. 26 “Asili Nido”;

Decreto del Presidente della Giunta provinciale del 28 maggio 1976, n. 32 “Regolamento di esecuzione della legge provinciale 8 novembre 1974, n. 26, Asili nido”;

Legge provinciale del 9 aprile 1996, n. 81 “Provvedimenti in materia di assistenza all’infanzia” art. 1-bis, comma 4”;

Decreto del Presidente della Giunta provinciale 30 dicembre 1997, n. 40 “Regolamento di esecuzione relativo all’assistenza all’infanzia”;

Deliberazione della Giunta provinciale 26 luglio 2004, n. 2684 “Approvazione delle disposizioni relative all’accordo di programma fra servizi territoriali in applicazione dell’art. 12 della legge quadro 5 febbraio 1992, n. 104”;

Decreto del Presidente della Provincia 7 settembre 2005, n. 43 “Regolamento di esecuzione microstrutture per la prima infanzia”;

Deliberazione della Giunta provinciale 13 maggio 2008 n. 1598 “Approvazione dei criteri di accreditamento per il servizio di microstruttura per la prima infanzia - ai sensi del regolamento di esecuzione di cui all’articolo 1-bis della legge provinciale 9 aprile 1996, n. 8, recante «Microstrutture per la prima infanzia»”;

Delibera G. P. 29 giugno 2009, n. 1753 “Disciplina di autorizzazione e accreditamento dei servizi sociali e socio-sanitari”;

Delibera G. P. 18 ottobre 2010, n. 1715 “Nuovi criteri e modalità per la concessione di contributi nell’ambito dell’attività per la formazione della famiglia ai sensi della legge provinciale del 31 agosto 1974, n. 7, art. 16-ter”.

Valle d’Aosta

Legge regionale 25 gennaio 2000, n. 5 e s.m., “Norme per la razionalizzazione dell’organizzazione del Servizio socio-sanitario regionale e per il miglioramento della qualità e dell’appropriatezza delle prestazioni sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali prodotte ed erogate nella regione;

Legge regionale del 19.5.2006, n. 11 “Disciplina del sistema regionale dei servizi socio-educativi per la prima infanzia”;

D. G. R. dell’8.6.2007 e allegati “Applicazione dell’art. 2, comma 2, lettera B), C), D), E), F), G), H), I) della L.R. 19 maggio 2006, n. 11, “Disciplina del sistema regionale dei servizi socio-educativi per la

prima infanzia”;

Deliberazione della Giunta regionale 3 ottobre 2008, n. 2883 “Approvazione delle direttive per l’applicazione dell’art. 2, comma 2, lettere b), c), d), e), f), g), h), i), della l.r. 19 maggio 2006, n. 11: “Disciplina del sistema regionale dei servizi socio educativi per la prima infanzia. Abrogazione delle leggi regionali 15 dicembre 1994, n. 77, e 27 gennaio 1999, n. 4” e revoca della DGR n. 1573/2007”;

D. G. R. 7.8.2009, n. 2191 e allegati “Modalità e termini del procedimento amministrativo per il rilascio di autorizzazione alla realizzazione di strutture ed all’esercizio di attività sanitarie, socio-sanitarie, socio-assistenziali e socio-educative, ai sensi dell’art. 38 della Deliberazione della Giunta regionale 7 agosto 2009, n. 2191, “Approvazione di nuove disposizioni in materia di autorizzazione alla realizzazione di strutture ed all’esercizio di attività sanitarie, socio-sanitarie, socio-assistenziali e socio-educative, ai sensi della L.R. n. 5/2000 e della L.R. n. 13/2006 e successive modificazioni. Revoca della Delib. G. R. n. 2103/2004”.

Veneto

Regolamento regionale 15 giugno 1973, n. 3 “Regolamento di esecuzione della legge regionale 25 gennaio 1973, n. 7: «Norme tecniche per la redazione di progetti di costruzione e riattamento degli asili nido»”;

Legge regionale 23 aprile 1990, n. 32 “Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi”;

Circolare del Presidente della Giunta regionale 23 aprile 1993, n. 16 “Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi”;

Legge regionale del 16 agosto 2002, n. 22 “Autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali”;

D. G. R. del 16 gennaio 2007, n. 84 “Autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio sanitarie e sociali” – Approvazione dei requisiti e degli standard, degli indicatori di attività e di risultato, degli

oneri per l'accreditamento e della tempistica di applicazione, per le strutture sociosanitarie e sociali”;

D. G. R. del 3 luglio 2007, n. 2067 “Autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio sanitarie e sociali” Approvazione delle procedure per l'applicazione della Dgr n. 84 del 16.1.2007 (l.r. n. 22/2002)”;

Delibera G. R. 674/2009 ”Autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali...”;

D. G. R. 20 settembre 2011, n. 1503 “Autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali; Modifiche ed integrazioni alla D.G.R. n. 84 del 16 gennaio 2007, Allegati A e B”;

D. G. R. 29 dicembre 2011, n. 2506 “Coordinatore pedagogico nei servizi alla prima infanzia: L.R. N. 22/2002, DGR n. 84/2007”;

Legge regionale 39/2012 “Modifiche alla legge regionale 23 aprile 1990, n. 32-Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi”.

Bibliografia

Biondi Gianni, *Lo sviluppo del bambino in carcere*, Franco Angeli, Milano, 2° ed. 1995

Canevelli Paolo, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri*, in *Diritto penale e processo*, 7, pp. 807-815, 2001

Calciano Mariangela Claudia, *Infanzia e circoncisione maschile, con particolare riferimento al parere del Comitato Nazionale di Bioetica, e Le mutilazioni genitali femminili nell'ordinamento giuridico italiano. Una forma di tutela della infanzia e le indicazioni del Comitato Bioetico*, pubblicato in www.diritto.it in data 31.10.2012

Calle Maria Cristina, *Figli presenti, figli assenti: essere madre nella discontinuità; madri e bambini in carcere?*, in *Minorigiustizia*, 1, pp.

113-117, 2005

Cassibba Rosalinda, Luchinovich Lara, Montatore Jessica, Godelli Silvia, *La genitorialità reclusa: riflessioni sui vissuti dei genitori*, in *Minorigiustizia*, 4, pp. 150-158, 2008

Cattarin Chiara, *Maternità in carcere, aspetti legislativi, psicologici e statistici*, Domenghini Editore, Padova, 2012

Comucci Paola, *Un seminario a S. Vittore per ribadire l'importanza della relazione genitori-figli in carcere*, in *Il Foro Ambrosiano*, pp. 434-437, 2001

Comucci Paola, *I benefici penitenziari a favore delle condannati madri*, in *Cassazione penale*, fasc. 5, pp. 2163-2171, 2009

Corvi Paola, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri, commento alla legge n. 62/2011*, in *Il Corriere del merito*, 8-9, pp. 837-843, 2011

Daga Luigi, Biondi Gianni, *Il problema dei figli con genitori detenuti*, in E. Caffo (a cura di), *Il rischio familiare e la tutela del bambino*, Guerrini e Associati, Milano, 1988

Di Vita Angela Maria, Alessandra Salerno, Valeria Granatello, *La maternità reclusa*, in *Psicologia contemporanea*, 177, pp. 58-64, 2003

Farano Daniela, *La maternità in carcere: aspetti problematici e prospettive alternative*, in *La rivista di servizio sociale*, 3, pp.19-30, 2000

Fiorentin Fabio, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giurisprudenza di Merito*, 11, pp. 2616-2628, 2011

Fiorentin Fabio, *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Guida al diritto*, 23, pp. 46-51, 2011

Fiorio Carlo, *Madri detenute e figli minori*, in *Diritto penale e processo*,

pp. 932 ss., 2011

Fiorio Carlo, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva, commento alla legge 17 febbraio 2012, n. 9*, in *Diritto penale e processo*, 4, 2012, pp. 409-414

Garante per la protezione dei dati personali (a cura di Mauro Paissan), *Privacy e giornalismo, libertà di informazione e dignità della persona*, 2012

Galletti Lidia, *Il caso dei detenuti padri: problematiche e possibili interventi*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, pp. 219-229, 2005

Giammarinaro Maria Grazia, *La tutela del rapporto fra detenute e figli minori: alcune riflessioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, pp. 321-327, 2001

Ghetti Chiara, *Carcere e famiglia, Gli aspetti del disagio*, in Walter Nanni e Tiziana Vecchiato (a cura di), *La rete spezzata*, Feltrinelli, Milano, 2000

Laface Nadia, *Fino a sei anni del bambino custodia cautelare solo in casi eccezionali*, in *Famiglia e minori*, 6, pp. 26-30, 2011

Libianchi Sando, *Bambini in carcere*, in *Aggiornamenti sociali*, 3, pp. 195-205, 2001

Malizia Maria Claudia, *Maternità in carcere; uno studio esplorativo*, in *Psicologia e giustizia*, 2, giugno-dicembre 2012, www.psicologiagiuridica.com

Mastropasqua Giuseppe, *La legge 21 aprile 2011, n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, in *Diritto di Famiglia*, pp. 1853 ss., 2011

Monetini Settimio, *La famiglia del detenuto, aspetti criminologici*, Provincia di Terni, Terni, 1993

Noel J., Bambini che vivono in carcere con la madre detenuta, in Ernesto Caffo (a cura di), *Il rischio familiare e la tutela del bambino*, Guerrini e Associati, Milano, 1988;

Perricone Giovanna, Morales M. Regina, Polizzi Concetta, Granato Luisa, *La percezione della competenza genitoriale nei luoghi di detenzione*, in *Minorigiustizia*, 1, pp. 203-215, 2010

Perricone Giovanna, Polizzi Concetta, Marotta Silvia, *La relazione madre-bambino all'interno della struttura penitenziaria*, in *La Famiglia*, bimestrale di problemi familiari, 251, pp. 18-34, 2010

Petrangeli Federico, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista AIC*, 4, 2012

Picozzi Francesco, *Contrasti interpretativi in materia di corrispondenza telefonica dei detenuti con i figli minori di dieci anni*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 3, pp. 146-154, 2011

Pittaro Paolo, *La nuova normativa sulle detenute madri*, in *Famiglia e diritto*, 10, pp. 869-875, 2011

Ramasso Annalisa Rosina, *Madri e bambini in carcere*, in *Infanzia*, pp. 14-16, 2006

Rossi Lino, *Diritti dell'infanzia, diritti della genitorialità e carcerazione*, in *Pedagogika.it*, 20, pp. 39-40, 2001

Sarti Maria Irene, *Madri e bambini in carcere*, in *Minorigiustizia*, 1, pp. 488-491, 2012

LE PENE VIETATE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

ANDREANA ESPOSITO*

SOMMARIO: Introduzione 1. Divieto di tortura e di trattamenti o pene disumani e degradanti 1.1. Principi generali 1.2. Obblighi positivi 1.3. Condotte vietate 2. Le pene vietate 2.1. Pene corporali di carattere giudiziario e punizioni corporali 2.2. La pena dell'ergastolo 2.3. La pena di morte 2.3.1. Conseguenze in tema di estradizione ed espulsioni 2.3.3. Applicazioni giurisprudenziali in tema di ergastolo 2.3.2. Applicazioni giurisprudenziali in tema di esecuzione di pene capitali.

Come è noto, la Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali (da ora Convenzione) individua taluni diritti fondamentali e istituisce un meccanismo giurisdizionale di controllo sulla convenzionalità delle legislazioni e delle pratiche degli Stati aderenti¹.

* Università degli Studi di Napoli.

¹ La ratifica della Convenzione è stata autorizzata con legge 4 agosto 1955 n. 848. Il Trattato è divenuto dunque parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano e pertanto le norme in esso contenute sono fonti di diritti e di obblighi per gli organi statali e per tutti i soggetti pubblici e privati che operano all'interno dello Stato. Ciò significa che i cittadini italiani possono fondare un ricorso davanti ai tribunali nazionali sulle disposizioni della Convenzione e che i giudici nazionali sono tenuti ad applicarle. Sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno, per uno sguardo al solo ordinamento italiano cfr. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilanci*, in *Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, Giuffrè 1999, I pp 55 e ss; CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Rivista italiana di diritto internazionale*, 1974, p.464; DEL TUFO, *Il diritto italiano al vaglio della Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Critica del diritto*, 2000 I; ESPOSITO V., *Il ruolo del giudice nazionale nella tutela dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 1075 e ss; MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 55; PITTARO, *L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1987, IV, pp 432 e ss.; PUSTORINO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana dei diritti dell'uomo*, 1994, pp.23 e ss. Per uno sguardo alla situazione anche negli altri Paesi cfr. BLACKBURN – POLAKIEWICZ (a cura di), *Fundamental Riths in Europe* Oxford University Press, Oxford, 2001; CONFORTI – FRANCONI, (a cura di), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Dordrecht, Martinus Nijhof Publishers, 1997; DELMAS – MARTY, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Dordrecht, Martinus Nijhof, 1983; MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002.

Principale strumento di controllo è la Corte europea dei diritti dell'uomo (da ora la Corte) la cui giurisprudenza ha, invero, creato un patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso diritto della libertà. Il sistema di protezione della Convenzione è ispirato al principio di sussidiarietà assegnando a ciascuno Stato contraente il mandato di assicurare, in prima battuta, il rispetto dei diritti garantiti². L'applicazione della Convenzione e del suo diritto spetta, quindi, in primo luogo alle giurisdizioni nazionali, ed anche agli organi del potere legislativo e di quello esecutivo che, ciascuno per le proprie competenze, devono prendere le misure necessarie per adeguare la legislazione e le prassi amministrative ai principi convenzionali. La Corte esercita un ruolo di supplenza intervenendo solo dopo che il ricorrente abbia esperito le vie di ricorso interne e per controllare il modo di applicazione ad opera delle autorità nazionali dei diritti garantiti, indicando le eventuali lacune nelle disposizioni nazionali. In altri termini, solo se il diritto interno comporta delle lacune o se non è in grado di assicurare una tutela adeguata agli standard europei, potrà mettersi in moto il meccanismo di tutela elaborato dalla Convenzione.

Trattandosi di un sistema sussidiario, gli operatori del diritto interno possiedono – o quantomeno dovrebbero possedere – tutti gli strumenti per conformare il proprio diritto alle previsioni convenzionali, evitando in tal modo l'intervento della Corte europea³. La conformità dovrebbe

² In materia cfr. POLAKIEWICZE JACOB-FOLTZER, in *The European Human Rights Convention in Domestic Law: The Impact of Strasbourg Case-Law in States where Direct Effect is given to the Convention*, in *Human Rights Law Journal*, 1991, pp. 142 e ss.

³ Non è questa la sede per affrontare il problema relativo all'individuazione della posizione, nella gerarchia delle fonti, della Convenzione e del rango che essa occupa nel nostro ordinamento (per un panorama sulla situazione europea, cfr. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Studi in onore di Capotorti*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. I, pp. 55 e ss.; e per una sintesi del dibattito in Italia tra dottrina e giurisprudenza cfr. ESPOSITO V. *Il ruolo del giudice nazionale cit.* nota 49 e). Si ritiene, comunque, che la comprensione dei rapporti tra il sistema europeo di diritti dell'uomo e l'ordinamento interno esiga il superamento della classica distinzione tra sistema monista/dualista e della tematica connessa dell'incorporazione, o non, del testo convenzionale in diritto interno. Come sostenuto da autorevole dottrina, "la *thèse du pluralisme juridique est le seul modèle capable d'apprendre la complexité de rapports entre le niveau interne et le niveau européen des droits de l'homme. (...) l'idée de pluralisme... suppose l'existence dans un même cadre social de plusieurs ordres juridiques autonomes, entretenant des rapports de droit entre eux, ces ordres juridiques étant caractérisés ou non par la présence de l'Etat... Dans cette configuration, les ordres étatiques et le système européen se superposent dans un cadre social et temporel unique*" (così LAMBERT E., *Les effets des arrêts de la Cour européenne*

essere assicurata o dalla previsione di disposizioni in astratto già in armonia con il dettato convenzionale, o, quando ciò non avvenisse, da un'interpretazione del diritto interno condotta in base alle disposizioni convenzionali nella loro esatta portata, vale a dire utilizzando il diritto generale europeo, quale formatosi secondo la pratica giurisprudenziale europea⁴, come parametro interpretativo della norma interna. Si impone,

des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1999, pag. 44). La spiegazione dei rapporti tra sistema europeo dei diritti dell'uomo e sistema nazionale secondo la concezione pluralista, che parte dall'analisi dei concreti effetti delle sentenze della Corte negli ordinamenti nazionali, comporta l'idea di una *sovranità nazionale controllata* cui si contrappone una *primazia europea relativa*: così DELMAS MARTY in *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la logique du flou* in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, pag. 1033. Per un approccio *tradizionale* ai rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamenti nazionali cfr. CONFORTI-FRANCIONI, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1997. Anche nella dottrina italiana si è cominciato a ripensare gli schemi classici circa i rapporti tra ordinamento e europeo ed sistema nazionale, in particolare dopo l'approvazione dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cfr. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Ragion Pratica*, 2002, n. 18, pp. 63 e ss, che ritiene che i rapporti tra norme sopranazionali (in tema di diritti umani) e norme di diritto interno debbano essere letti non sulla base degli strumenti propri della teoria delle fonti ma anche su quelli della *teoria dell'interpretazione*. Sulla idoneità del diritto internazionale pattizio dei diritti dell'uomo ad influenzare le interpretazioni costituzionali, cfr. RUOTOLO, *La «Funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e Società*, 2, 2000 pp. 291 e ss; ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion Pratica*, 2004, n. 22, pp. 933 ss, seppure non riferendosi principalmente al diritto europeo dei diritti dell'uomo, nota, (p. 110), come *si sia passati ad un nuovo scenario in cui l'interprete si trova di fatto a doversi scegliere la norme (e le fonti) appropriate...infatti fonti di diverso rango si combinano tra loro e fonti di ugual rango confliggono: tutto ciò costringe il giurista a reinterpretare la Costituzione e l'intero materiale normativo in modo orientato verso il diritto sopranazionale europeo e internazionale*.

Incentrata sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è l'accurata analisi di MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002, che sottolinea l'importanza di uno studio che si ponga soprattutto in una prospettiva "assiologica – sostanziale" piuttosto che tecnico formale di indagine dei rapporti tra i diversi sistemi. In particolare, il reale funzionamento del sistema convenzionale europeo impone, secondo l'A., di svolgere uno studio in una duplice direzione: da un lato un'analisi "statica" tesa a definire la collocazione della Convenzione nella gerarchia delle fonti dei singoli Paesi aderenti e dall'altro lato un'analisi "dinamica" attraverso lo studio delle prassi giurisprudenziali nazionali, alla cui luce valutare i risultati ottenuti con l'approccio meramente formale.

Sottolinea l'inadeguatezza degli strumenti concettuali del dualismo e del rango legislativo della Convenzione europea a spiegare il reale funzionamento della sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, BIN – G. BRUNELLI – PUGIOTTO – VERONESI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007, pp. 7 e ss. All'interno della letteratura penalistica, critico sulla utilità di continuare a "discutere sul rango della CEDU nel sistema delle fonti del diritto italiano" è VIGANÒ, "Sistema CEDU" e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte Costituzionale, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., pp. 265 e ss.

⁴ È infatti importante sottolineare come i diritti garantiti dalla Convenzione devono essere letti alla

in altri termini, la necessità – per il legislatore, il governo e i giudici nazionali – di tenere sempre presenti, in sede di riforma o di pratica applicazione di singoli istituti, le linee evolutive tracciate dagli organi di Strasburgo. Perché l'ordinamento (giudici, legislatore, autorità amministrative) possa adeguarsi realmente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è necessario avere la conoscenza della Convenzione e delle sentenze degli organi di tutela di Strasburgo.

Scopo di questo articolo, allora, è proprio quello di fornire un contributo in questo senso, informando sulla prassi costituitasi ad opera della giurisprudenza europea in materia dei diritti dei detenuti con specifico

luce della giurisprudenza della Corte: incaricata dell'applicazione e dell'interpretazione della Convenzione, tale giurisprudenza è parte integrante del testo della Convenzione. È la stessa Corte ad essersi riconosciuta la competenza di aggiornare e definire i diritti previsti dalla Convenzione elevando gli *standard* europei di protezione dei diritti umani, cfr. sentenze Corte, *Tyrer c. Regno Unito* del 25 aprile 1978, in Serie A n. 26, § 31; *Soering c. Regno Unito*, del 7 luglio 1989, in Serie A n. 161, § 102. In questo senso si è recentemente pronunciata in modo ancora più netto la Corte nella decisione sulla ricevibilità *Scordino c. Italia* del 27 marzo 2003.

Il diritto convenzionale è inoltre un *diritto vivente*, in grado di adeguarsi alle mutevoli esigenze di tutela dei diritti dell'uomo proprie di una società democratica, così come alle diverse circostanze dei casi concreti. Si tratta dunque di un'interpretazione in nessun modo statica, perché il suo corso risulta dall'evoluzione della coscienza e delle realtà di fatto. La Convenzione contiene norme di contenuto astratto la cui definizione si perfeziona solo in seguito all'interpretazione ed all'applicazione operate dalla Corte. È l'interpretazione giudiziaria a definire i contorni e la portata delle norme convenzionali alla luce delle fattispecie concrete. La variabilità del contenuto di tali norme, sfumate o vaghe, ben si presta a un'interpretazione *dinamica ed evolutiva*.

La dottrina usa i due termini, *dinamica ed evolutiva*, in riferimento all'interpretazione della Corte e della Commissione, sempre contemporaneamente, a voler indicare che l'uno non ha un significato autonomo dall'altro. Non condivido tale impostazione. Mi sembra, piuttosto, che sia possibile individuare significati autonomi ad ambiti di utilizzazione diversi. E ciò anche in ragione del loro differente significato letterale; se entrambe le espressioni danno, infatti, l'idea del movimento, è solo l'evoluzione ad indicare uno sviluppo progressivo che, nel caso della Convenzione, si traduce in un ampliamento o perfezionamento crescente della tutela dei diritti dell'uomo. È solo l'evoluzione che esprime il passaggio tra forme di tutela più semplici a forme di maggiore complessità. L'utilizzazione del termine *dinamico* implica il concetto di variazione, di un percorso (solo apparentemente) ondivago. Se i due termini rispondono allora a due concetti diversi, è ben possibile, poi, che l'attività interpretativa sia solo evolutiva o solo dinamica o anche, al tempo stesso dinamica ed evolutiva. Sulla nozione di interpretazione *evolutiva* e sui metodi interpretativi della Corte, cfr., tra gli altri, BERNHARDT, *Thoughts on the interpretation of human rights treaties*, in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Mélanges Wiarda, MATSCHER (a cura di), Carl Heymanns, Cologne, 1988, pp. 65-71; DE SCHUTTER, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: un essai en démolition*, in *Revue de droit international des sciences diplomatiques et économiques*, 1992, pp. 83-127; MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE, (a cura di), Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 15 - 40.

riguardo alla quadro delineatosi in tema di pene vietate in modo da consentire una consapevole applicazione del diritto convenzionale nell'ordinamento nazionale.

La Convenzione non annovera tra i suoi diritti quello a non subire particolari condizioni di detenzione. È conseguenza dell'attività interpretativa della sua giurisprudenza (attraverso la cd. tecnica *par ricochet*) l'aver reso possibile l'applicazione delle previsioni convenzionali in taluni settori che inizialmente erano considerati situarsi al di fuori del diritto convenzionale, quale quello del trattamento dei detenuti. È il caso *Soering*⁵ a segnare la consacrazione da parte della Corte di tale sistema di protezione. In questa sentenza, la Corte, ricordando la precedente giurisprudenza della Commissione⁶, ha affermato che l'esercizio di taluni poteri da parte degli Stati contraenti, pur concernendo materie non direttamente interessate dalla Convenzione, deve tuttavia svolgersi nel rispetto dei diritti garantiti dalla stessa, ed in particolare in osservanza dell'articolo 3. In sostanza, la giurisprudenza europea ha statuito che anche se le condizioni della detenzione non violano alcun diritto espressamente previsto dalla Convenzione, esse possono causare la violazione di alcuni diritti convenzionali.

Molti articoli della Convenzione sono stati invocati da persone detenute. Le disposizioni maggiormente utilizzate sono state la previsione dell'articolo 3 sul divieto di tortura e di pene o trattamenti disumani e degradanti e gli articoli 8 e 10, quest'ultimi, in particolare, adoperati per tutelare un'area di grande importanza per i detenuti quale è la possibilità di stabilire e mantenere contatti con il mondo esterno al carcere. Vi sono

⁵ Corte, *Soering c. Regno Unito*, del 7 luglio 1989, in Serie A n. 161.

⁶ La Commissione aveva, invero, già in precedenza applicato in maniera estensiva la disposizione in esame, enunciando la cd. teoria delle libertà implicite, cfr. Commissione, Rapporto X c. RFA, n.6315/73, D. R. 1, p. 73, in cui la Commissione affermò che *“se la materia dell'extradizione, dell'espulsione e del diritto di asilo non rientrano tra quelle espressamente previste dalla Convenzione, gli Stati contraenti hanno nondimeno accettato di restringere i poteri loro conferiti dal diritto internazionale generale ivi compreso quello di controllare l'ingresso e l'uscita degli stranieri, nella misura e nel limite degli obblighi che essi hanno assunto in virtù della Convenzione... Allora, l'espulsione o l'extradizione di un individuo può, in alcuni casi eccezionali, essere contrario alla Convenzione ed in particolare all'articolo 3, quando ci sono serie ragioni di credere che quello sarà sottoposto nello Stato di destinazione a trattamenti proibiti da questo articolo”*.

poi stati ricorsi fondati sulle garanzie procedurali previste dall'articolo 5, concernente il diritto alla libertà ed alla sicurezza, e dall'articolo 6, sul cd. equo processo, e sui diritti sostanziali previsti dall'articolo 9, sulla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, e dall'articolo 11, sulla libertà di riunione pacifica e sulla libertà di associazione.

In breve: tutti i diritti garantiti dalla Convenzione valgono anche per le persone legittimamente private della libertà. Come ha affermato la Corte la giustizia non può fermarsi davanti la porta delle prigioni⁷.

In questo articolo, la mia analisi sarà limitata unicamente a quelle sentenze della Corte che hanno provato a tracciare un decalogo di tipologie sanzionatorie penali incompatibile con i principi convenzionali.

1. Divieto di tortura e di trattamenti o pene disumani e degradanti.

1.1. Principi generali.

L'articolo 3 della Convenzione vieta la tortura e le pene ed i trattamenti disumani o degradanti. Si tratta di un divieto avente portata assoluta⁸: esso non consente né eccezioni né limitazioni ai diritti garantiti⁹.

L'articolo 3, invero, non impiega alcun termine da cui possa farsi derivare l'assolutezza della proibizione in esso contenuta. Che si tratti di un diritto intangibile lo si ricava, piuttosto, dall'articolo 15 della

⁷ Corte, sentenza *Campbell e Fell c. RU* del 28 giugno 1984, § 69.

⁸ Sulla ricostruzione del diritto in esame come diritto assoluto, v. ADDO, GRIEF, *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?* In *European journal of international law*, 1998, 9 n. 3 pp. 510 ss.

⁹ Per un'analisi sull'articolo 3 della Convenzione, mi sia consentito rinviare al mio *Articolo 3, Proibizione della tortura*, in BARTOLE- CONFORTI – RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001 pp. 49 – 77; e anche, COLELLA *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, pp. 1801 e ss.; PUSTORINO, *Articolo 3, in commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, pp. 63 e ss.

Convenzione, dai lavori preparatori e dalla giurisprudenza della Corte e della Commissione. L'articolo 15 prevede la possibilità di derogare al rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione nei cd. casi di "stato d'urgenza", quando ricorra la duplice condizione della esistenza di un pericolo pubblico minacciante la vita della nazione e della necessità della misura derogativa. Il secondo comma di tale articolo non autorizza, però, alcuna deroga ai diritti previsti dagli articoli 2, 3, 4 primo comma e 7 della Convenzione, neanche in presenza delle condizioni "emergenziali" di cui al primo comma dello stesso articolo. L'intangibilità del diritto garantito dall'articolo 3 si deduce anche dai lavori preparatori. In questi si legge, infatti, che il delegato del Regno Unito in seno alla Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, M. Cocks, esortava i relatori della Convenzione a vietare ogni forma di tortura da chiunque e per qualunque motivo posta in essere: (L'Assemblea Parlamentare) ritiene che tale proibizione debba essere assoluta e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, *né per scoprire prove, né per salvare la vita e neanche per la sicurezza dello Stato*. La portata assoluta dell'articolo in esame è stata più volte affermata, infine, nella giurisprudenza degli organi di tutela della Convenzione: "Anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti... Il divieto di tortura o delle pene o trattamenti disumani o degradanti è assoluto, quale che sia la condotta della vittima"¹⁰.

La secca formulazione dell'articolo 3 (Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti) ha reso possibile un'ampia interpretazione della sua portata e del suo contenuto da parte della giurisprudenza convenzionale, tanto da divenire norma individuante un *genus* entro il quale ricondurre diverse specie di violazioni.

È proprio nell'applicazione di questa disposizione che la

¹⁰ Corte, sentenza *Labita c. Italia*, del 6 aprile 2000, § 119, in *Rivista italiana di diritto e procedure penale*, 2001 pp 189 e ss

giurisprudenza di Strasburgo ha creato la tecnica di protezione cd. *par ricochet*, vale a dire quella tecnica che le ha consentito di valutare la conformità alla Convenzione anche di istituti o di pratiche che non rientravano direttamente nel suo campo di applicazione. In sostanza, come già ricordato, la giurisprudenza europea ha statuito che anche se le condizioni della detenzione o una decisione di espulsione di uno straniero non violano alcun diritto espressamente previsto dalla Convenzione (questa non annovera tra i diritti tutelati quello a non subire particolari condizioni di detenzione o quello a non essere espulso e estradato), esse possono causare la violazione di alcuni diritti convenzionali e segnatamente dell'articolo 3.

1.2. Obblighi positivi.

La necessità di rendere effettiva la tutela della dignità umana ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione ha portato gli organi di tutela di Strasburgo a far discendere anche dalla norma in esame obblighi positivi di garanzia "al fine di proteggere l'integrità fisica della persona privata della libertà"¹¹. Il contenuto di tali obblighi è oggetto di continua espansione da parte della giurisprudenza di Strasburgo che provvede ad ampliarne la portata includendovi misure di volta in volta diverse che tengano conto delle circostanze dei singoli casi concreti. Dalla giurisprudenza europea emerge che, in primo luogo, il contenuto degli obblighi positivi comprende - ma non si esaurisce in ciò - la necessità di un'indagine adeguata sui presunti maltrattamenti subiti. Con la sentenza *Assenov*¹², infatti, la Corte ha affermato che l'articolo 3, in combinato disposto con il dovere generale imposto agli Stati dall'articolo 1 della Convenzione di riconoscere ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti, richiede l'esistenza di una adeguata inchiesta ufficiale sui presunti maltrattamenti lamentati. Nella giurisprudenza della Corte, un'inchiesta è adeguata quando porta

¹¹ Cfr. Commissione, Rapporto dell' 8 luglio 1993, *H. c. Svizzera*, §79 in cui la Commissione ha qualificato come trattamenti disumani e degradanti l'assenza di adeguate cure mediche.

¹² Corte, sentenza *Assenov ed altri c. Bulgaria*, del 28 ottobre 1998, Raccolta 1998.

all'identificazione ed alla punizione dei responsabili¹³.

In tal modo, accanto ad un obbligo negativo di astensione, la Corte costruisce dall'articolo 3 un obbligo positivo procedurale di inchiesta approfondita ed effettiva. Si tratta di un obbligo imposto agli Stati membri ogni qual volta una persona lamenta di aver subito maltrattamenti. Tale obbligo è fonte di responsabilità internazionale distinta da una eventuale violazione sostanziale del divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti. Nella successiva giurisprudenza la Corte ha arricchito e precisato tale obbligo procedurale. Nel caso *Selmouni*¹⁴, riaffermando che il rispetto dell'articolo 3 implica anche la necessità di un'inchiesta imparziale ed efficace, tendente all'identificazione e punizione dei responsabili, la Corte vi aggiunse il requisito della rapidità. Il carattere effettivo di un'inchiesta impone che la stessa sia condotta in modo diligente e rapido. La mancanza di tali caratteri porta a ravvisare la violazione dell'obbligo procedurale anche nel caso in cui le autorità giudiziarie interne, pur avendo condannato i funzionari accusati di aver torturato il ricorrente, lo hanno fatto con enormi ritardi.

Più recente giurisprudenza ha, poi, ampliato il novero degli obblighi a carico degli Stati ravvisando - come già affermato nella sua giurisprudenza per le prestazioni derivanti dall'articolo 2 - il dovere delle Parti contraenti di adottare tutte le misure necessarie ad impedire che le persone sottoposte alla propria giurisdizione siano sottoposte a torture o trattamenti disumani o degradanti, anche quando tali atti provengano da privati. Tali disposizioni devono consentire, in particolare un'efficace protezione dei minori e di altre persone vulnerabili ed includere misure ragionevoli ad impedire maltrattamenti di cui le autorità avessero o avrebbero dovuto avere conoscenza¹⁵. Due, allora, le affermazioni di principio rilevanti contenute in tale passaggio. Primo: la natura assoluta del divieto previsto dall'articolo 3 e l'esigenza di assicurare una protezione effettiva della dignità e dell'integrità fisica - i beni che attraverso quel divieto si tende a proteggere - impongono

13 Corte *Assenov* § 102; Corte, sentenza *Askoy c. Turchia* del 26 novembre 1996, Raccolta 1996 - VI § 96.

14 Corte, sentenza *Selmouni c. Francia* del 28 luglio 1999, Raccolta 1999.

15 Corte, sentenza *Z e altri c. RU*, del 10 maggio 2001 § 73

agli Stati di impegnarsi, secondo le modalità richieste dai casi concreti, per evitare la lesione o messa in pericolo dei beni tutelati. Secondo: l'obbligo di assicurare l'effettività del diritto protetto deve essere adempiuto dallo Stato anche quando la lesione sia stata o possa essere realizzata da condotte di terzi¹⁶. E questo è invero uno degli aspetti nuovi della tutela internazionale dei diritti dell'uomo: la configurazione della responsabilità internazionale dello Stato, nei confronti della Convenzione, anche per condotte tenute dai privati.

Riferendosi a precedenti sentenze sull'articolo 8 della Convenzione, nel caso *A. c. Regno Unito* la Corte ha ricordato che lo Stato è tenuto a realizzare una prevenzione efficace che metta al riparo le persone rilevanti della sua giurisdizione da gravi forme di lesione all'integrità fisica. La responsabilità dello Stato ai sensi dell'articolo 3 anche nell'ipotesi di lesioni o pericolo di lesioni provenienti da privati è stata chiaramente affermata anche nella sentenza *HRL c. Francia*¹⁷ concernente l'espulsione di un cittadino colombiano verso il suo Paese d'origine, in cui lo stesso correva pericolo di vita da parte di cartelli colombiani di droga. In tale decisione, la Corte ha ritenuto espressione del carattere assoluto del diritto in esame l'accordare adeguata protezione anche in caso di pericolo proveniente da persone o gruppi di persone che non sono pubblici ufficiali¹⁸. In sostanza, lo Stato assume ai sensi dell'articolo 3 un obbligo di garantire che atti di tortura e trattamenti disumani o degradanti non abbiano luogo. Poco importa l'origine di tali trattamenti: agenti pubblici o persone private¹⁹.

Nell'ambito degli obblighi positivi, si collocano senz'altro anche le misure generali a carattere legislativo, aventi principalmente la funzione di prevenire eventuali violazioni del divieto di cui all'articolo

16 Si tratta, in questo caso, di un'affermazione che la Corte aveva già fatto nell'applicazione dell'articolo 3 nel caso *A. c. Regno Unito*, del 22 settembre 1998, Raccolta 1998, in cui fu ravvisata la responsabilità dello Stato per una condotta di maltrattamenti, tenuta da un privato, incompatibile con la previsione convenzionale.

17 Corte, sentenza *HRL c. Francia* del 29 aprile 1997.

18 Corte sentenza *HRL* § 40.

19 Sulla importanza della sentenza *HRL* nell'ampliare la sfera di applicabilità dell'articolo 3 cfr. CHAUVIN, *L'interprétation de l'article 3 CEDH: réelle avancée ou restriction déguisée?*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1997, v. 9 n. 9-12 pp. 347 - 352.

in esame²⁰. La Corte ha quindi indicato la necessità che gli ordinamenti nazionali contengano adeguate prescrizioni volte a consentire alle autorità nazionali di perseguire, e condannare, gli autori di fatti rientranti nell'ambito di operatività della norma di cui all'articolo 3²¹.

1.3. Condotte vietate.

Quanto al contenuto della disposizione in esame, essa proibisce distinte condotte: la tortura, la pena o il trattamento inumano e la pena o il trattamento degradante. La nozione di tortura comprende delle condotte, in grado di causare intense sofferenze, tenute o in seguito ad una condanna penale o per estorcere confessioni. Le condotte vietate, quindi, possono essere distinte in due gruppi: nel primo sono incluse le pene, nel secondo i trattamenti. I comportamenti vietati possono poi essere qualificati, a seconda del tipo di intervento nei confronti dell'individuo e delle sue conseguenze, come tortura, come trattamento inumano, come trattamento degradante.

Dalla giurisprudenza della Corte emerge che la nozione di pena è stata ristretta, essenzialmente, all'ambito dell'esecuzione della pena, avendo riguardo alle modalità dell'esecuzione o al contesto della sua esecuzione. Pur essendo individuabili distinte nozioni di pena e di trattamento, i criteri interpretativi e applicativi usati dagli organi di tutela di Strasburgo sono stati gli stessi sia che un fatto rientrasse nel novero delle pene sia che rientrasse in quello dei trattamenti.

Il divieto espresso dall'articolo 3 si riferisce a tre distinte condotte: la tortura, il trattamento inumano ed il trattamento degradante. L'appartenenza di un trattamento ad una delle tre condotte dipende dal livello di gravità che esso ha raggiunto. La Corte ha utilizzato il criterio cd. della soglia minima di gravità sia per stabilire quando una condotta rientri tra quelle vietate sia per distinguere tra di loro la tortura e gli altri trattamenti: perché una condotta incorra nel divieto in esame

²⁰ Così, PUSTORINO, *Articolo 3* cit. p. 73.

²¹ Corte, sentenza del 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* § 117; *Beganović c. Croazia* del 25 giugno 2009, §§ 69- 72 e *Opuz c. Turchia*, del 9 giugno 2009 § 168.

deve raggiungere un livello minimo di gravità; raggiunto tale livello, e stabilita quindi l'applicabilità dell'articolo 3, la maggiore o minore intensità delle sofferenze inflitte determina la configurazione di una delle tre condotte vietate²². E ciò vale quale che sia il tipo di condotta in esame. Da ricercare avendo riguardo alle sofferenze o alle umiliazioni inflitte alla vittima, la soglia di gravità indica, dunque, da un lato, il limite esterno dell'articolo 3 - individuando gli atti che raggiungono o oltrepassano detta soglia - e, dell'altro, i paletti che consentono di distinguere la tortura dalle altre condotte vietate²³. Da ciò deriva che "ogni tortura non può non essere anche trattamento disumano e degradante e che ogni trattamento disumano non può non essere anche un trattamento degradante"²⁴. L'accertamento del superamento di tale soglia è il risultato di una valutazione relativa, operata caso per caso, che tenga conto sia delle circostanze oggettive del fatto materiale sia delle qualità soggettive dell'individuo interessato. È la posizione della soglia a non essere determinata in modo fisso, in quanto essa dipende "dall'insieme dei dati della causa, e in particolare, dalla durata del trattamento, dalle conseguenze fisiche e/o mentali così come talvolta dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima". Da ciò deriva che il divieto contenuto in questo articolo non è statico, ma riceve una interpretazione in movimento, vivente, che è effettuata alla luce della condizioni caratterizzanti il singolo caso concreto. Gli organi di Strasburgo, in definitiva, hanno sempre relativizzato la costruzione delle condotte vietate da questa norma, rifiutandosi di fare considerazioni teoriche e preferendo lasciarsi guidare dalle circostanze di fatto di ogni singolo caso²⁵. Nel valutare se un trattamento è inumano, diversi sono i fattori considerati dalla Corte, quali la premeditazione, la durata del

22 I *leading cases* sul punto sono Corte, sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, del 18 gennaio 1978, in *Serie A* n. 25 e Corte, sentenza *Tyrer c. Regno Unito* del 25 aprile 1978, in *Serie A* n. 26

23 cfr. SUDRE in PETTITI (a cura di), *La Convention européenne*, *op. cit.*, p. 158

24 Commissione, Rapporto del 18 novembre 1969, cd. *Affaire grecque*, in *Annuario* n. 12..

25 cfr. ADDO, GRIEF, *Is there a policy behind the decision and judgment relating to Article 3 of the European Convention on Human Rights?*, in *European law review*, 1995, p. 178; e GAETA, *Cancellazione dal ruolo e trattamenti inumani o degradanti: l'affare Hurtado dinanzi alla Corte europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996 p. 152.

trattamento, l'intensità delle sofferenze mentali e fisiche, la presenza di disturbi di carattere psichiatrico. È qualificato inumano quel trattamento che "provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità". Nel descrivere il trattamento degradante, la Corte usa termini quali sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità; capacità di umiliare ed avvilitare; rottura di resistenza fisica e mentale. È, quindi, degradante quel trattamento, meno grave del trattamento inumano, che "umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e che è in grado di farlo agire anche contro la sua volontà o coscienza". Dalle definizioni individuate, emerge come, nel considerare un trattamento o una pena disumana, la Corte abbia focalizzato la propria attenzione maggiormente sulle sofferenze fisiche inflitte, laddove nel valutare se una condotta rivesta gli estremi del trattamento o della pena degradante, si sia soffermata più su elementi di tipo emotivo e morale; il trattamento o la pena degradante si distinguono dal trattamento o pena disumana soprattutto perché essi implicano il sentimento dell'umiliazione. La tortura, infine, non sembra trovare, in queste pronunce della Corte, un significato autonomo rispetto alle altre due categorie esaminate. La tortura è "un trattamento disumano o degradante che causa sofferenze più intense". La tortura deve causare "sofferenze gravi e crudeli" allo scopo di ottenere informazioni, confessioni o altro. Il richiamo allo scopo di estorcere informazioni, confessione o altro non è sempre presente nel linguaggio della Corte, dal che deriva che perché un comportamento possa essere qualificato tortura, non deve necessariamente tendere alla realizzazione di tale fine. Per la Corte la distinzione tra tortura e trattamenti disumani e degradanti deriva principalmente dalla "differenza dell'intensità delle sofferenze inflitte". Le condotte elencate dall'articolo 3 sono dunque distinte dalla Corte in base alla diversa gravità dei comportamenti, considerandosi la tortura una forma aggravata di trattamento disumano e questo, a sua volta, come una forma aggravata di trattamento degradante.

Il divieto espresso dall'articolo 3 in tema di sanzione penale opera in due direzioni. Da un lato, esso vieta talune tipologie di pene, e dall'altro impone che l'esecuzione di una determinata sanzione, di per sé non incompatibile con la previsione convenzionale, avvenga nel rispetto

della dignità umana e non presenti, pertanto, caratteri di umiliazione e di afflizione ulteriori rispetto a quelli insiti in ogni pena.

In questo contributo, mi soffermerò, come detto, sulla giurisprudenza elaborata dalla Corte in tema di pene vietate.

2. Le pene vietate.

La Corte ha valutato il grado di compatibilità con la Convenzione delle pene corporali, della pena dell'ergastolo e, sia pure indirettamente, della pena di morte.

2.1. Pene corporali di carattere giudiziario e punizioni corporali.

Le pene corporali sono scomparse da molto tempo dal novero delle pene previste dai codici penali europei. Tuttavia, diversi ricorsi fondati sulla violazione dell'articolo 3 per inflizione di una pena corporale sono stati presentati innanzi le istanze di Strasburgo. Una situazione di questo genere è stata esaminata in riferimento al sistema esistente nell'isola britannica di Man, isola situata fra l'Inghilterra e l'Irlanda, ma dotata di un parlamento proprio e di un sistema giuridico particolare. Nel caso *Tyer*²⁶ la Corte ha ritenuto la pena della frusta comminata nei confronti di un minorenni ritenuto colpevole di aggressione incompatibile con l'art. 3 perché violenza istituzionale lesiva sia della dignità sia dell'integrità fisica del ricorrente in grado di produrre sentimenti di angoscia e, quindi, trattamento degradante.

Numerosi ricorsi hanno, poi, posto il problema delle punizioni corporali in uso nelle scuole inglesi e scozzesi. La maggior parte dei ricorsi non è sfociata in sentenze delle Corte, perché vi sono stati regolamenti amichevoli, con i quali il governo convenuto ed i ricorrenti sono pervenuti ad un accordo concernente una riparazione di carattere pecuniario. Nel caso *Campbell e Cosans*²⁷, la Corte è intervenuta sulla pratica del cd. "tawse", frustate sul palmo delle mani, in uso nelle scuole

²⁶ Corte, *Tyler c. Regno Unito* cit.

²⁷ Corte, sentenza *Campbell e Cosans c. Regno Unito* del 25 febbraio 1982, in Serie A n. 48.

inglesi e scozzesi come sanzioni disciplinari. I ricorrenti erano i genitori di studenti, nessuno dei quali aveva subito la detta pratica (anche se uno dei due ragazzi era stato sospeso perché i genitori non avevano accettato la punizione corporale). Nessuna violazione è stata riscontrata, perché la Corte ha considerato che, il semplice rischio di una condotta contraria all'articolo 3 potesse porsi esso stesso in contrasto con tale disposizione solo nel caso di sua immediata e reale verifica. Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che non fossero state fornite sufficienti prove attestanti che il rischio di subire la punizione corporale avesse prodotto effetti nefasti di ordine psicologico o di altro ordine negli studenti.

Un altro caso merita di essere segnalato. Si tratta della sentenza *Costello – Roberts*²⁸ in cui la Corte, non ritenendo la punizione corporale inflitta sufficientemente grave, non ravvisò la violazione dell'articolo in esame. La rilevanza di questo caso è dovuta, in realtà, a due importanti affermazioni di principio contenute nelle decisioni della Commissione e della Corte. Nel suo rapporto²⁹, la Commissione elevò l'articolo 8 a rango di norma sostitutiva dell'articolo 3 che accorda, talvolta, una protezione più ampia. Affermando che la nozione di vita privata, ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, si estende anche alla integrità fisica della persona e che “la protezione accordata dall'articolo 8 all'integrità fisica della persona può essere più ampia di quella prevista dall'articolo 3”³⁰, la Commissione ha ritenuto che una punizione corporale è un'ingerenza nella vita privata che, non trovando “alcuna giustificazione di ordine sociale, pedagogico, sanitario o morale”³¹, costituisce una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. La successiva sentenza della Corte contiene, poi, un'altra importante affermazione di principio: la possibilità, sia pure indiretta, di applicare le previsioni convenzionali anche in maniera orizzontale, vale a dire anche quando la condotta violativa è materialmente realizzata da un privato³². Afferma, difatti la

28 Corte, sentenza *Costello – Roberts c. Regno Unito* del 25 marzo 1993, in Serie A n. 247-C.

29 Commissione, Rapporto dell'8 ottobre 1991, ricorso n. 13134/87

30 Rapporto cit. § 4

31 Rapporto cit. § 53.

32 La possibilità di applicare la Convenzione anche tra privati è oggetto di approfondita analisi in CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere, Clarendon Paperbacks*, Oxford, 1993; cfr., anche, ALKEMA,

Corte “il trattamento incriminato, pur inflitto dal direttore di un istituto scolastico privato, è di natura tale da comportare la responsabilità del Regno Unito ai sensi della Convenzione, se si dimostra incompatibile con l’articolo 3, con l’articolo 8 o con entrambi”³³. Dall’analisi della giurisprudenza di Strasburgo appare, quindi, che, poiché i diritti dell’uomo sono esposti alla violazione anche da parte di poteri diversi dallo Stato, si pone l’esigenza di tutelare gli individui anche da tale pericolo. E pertanto, in presenza di lesioni agli altrui diritti causati dai privati “...pur non essendo autore di tali interferenze, lo Stato ne è comunque responsabile ed ha l’obbligo di intervenire e prevenirle.”³⁴. Si configura in tal modo una responsabilità degli Stati - una sorta di “ecological liability” -, per ogni atto di violazione dei diritti dell’uomo commesso sul suo territorio. Il che significa, evidentemente, riconoscere una indiretta applicazione della Convenzione nei rapporti privati, fermo restando che unico responsabile sul piano internazionale è lo Stato contraente.

2.2. *La pena dell’ergastolo.*

Sulla compatibilità dell’ergastolo con la Convenzione, la Corte si è pronunciata più volte, non giungendo mai ad affermare pienamente l’incompatibilità della stessa con il divieto di cui all’articolo 3. Fino alla sentenza resa nel caso *Léger c. Francia*³⁵, i giudici europei avevano sempre arrestato i casi in tema di ergastolo alla fase della ricevibilità e nelle decisioni di irricevibilità emesse, pur non riscontrando nei casi concreti sottoposti alla loro attenzione la violazione dell’articolo 3, gli

The Third - party Applicability or Drittwirkung of the European Convention on Human Rights, in Matscher, Petzold (a cura di), *Protecting Human Rights: the European Dimension* (Studies in Honour of Gérard J. Wiarda), Carl Heymanns Verlag, Cologne, 1988, p. 33.

33 Sentenza *Costello c. RU* cit. §28.

34 Così EVRINGENIS in *Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Journal*, 1982 p. 121.

35 Corte europea sentenza *Léger c. Francia* dell’11 aprile 2006. Il caso è attualmente pendente dinanzi la Grande Camera. La decisione sulla ricevibilità, del 21 settembre 2004, lasciava credere che la Corte volesse superare, anche in considerazione della lunga pena espiata dal ricorrente, la precedente giurisprudenza. In questo senso cfr. TULKENS, *Droits de l’homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme*, aggiornamento al maggio 2003 del contributo pubblicato in O. DE SCHUTTER e D. KAMINSKY (a cura di), *L’institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles-Paris, 2002, pp. 249-285.

stessi sembravano non escludere che, in astratto, l'imposizione della pena a vita senza possibilità di benefici potesse porre dei problemi di compatibilità con i principi della Convenzione³⁶. Le sentenze successive, da quella nel caso *Léger* in avanti, sembrano smentire tale asserzione³⁷.

Nel caso *Einhorn*, la decisione di irricevibilità della Corte era stata motivata in base alla considerazione che pur se estradato nello Stato della Pennsylvania, il ricorrente poteva essere sì condannato all'ergastolo, ma che, comunque, in quel Paese vi era la possibilità, seppure remota, di una commutazione di tale pena.

Nel caso *Izquierdo Medina*, dopo aver ricordato la precedente giurisprudenza in tema di ergastolo secondo cui la condanna di una persona alla pena perpetua non suscettibile di riduzioni può porre dei problemi di compatibilità con l'articolo 3 della Convenzione, la Corte ha, poi, affermato che non è neanche da escludere che in casi particolari l'esecuzione di una pena detentiva di lunga durata possa egualmente porre problemi, in particolare se non esiste alcuna speranza di poter beneficiare di misure quali, ad esempio, la libertà condizionale³⁸.

Da tale pronunce derivava che la compatibilità della pena dell'ergastolo con la previsione convenzionale era subordinata alla concreta non espiazione della stessa: la possibilità (la speranza) di poter beneficiare di misure volte a ridare, seppure temporaneamente, la libertà al detenuto rende sopportabile ciò che diversamente costituirebbe una limitazione della libertà lesiva della dignità umana. Ciò che non era

³⁶ Si tratta delle decisioni: *Nivette c. France* del 14 dicembre 2000; *Einhorn c. France*, del 16 ottobre 2001; *Izquierdo Medina c. Spagna* del 14 gennaio 2003, *Partington c. RU* del 26 giugno 2003.

³⁷ Corte, *Vinter e a. c. Regno Unito*, sentenza del 17 gennaio 2012; *Harkins e Edward c. Regno Unito*, del 17 gennaio 2012; *Babar Ahmad e a. c. Regno Unito*, sentenza del 10 aprile 2012. Per tutte queste decisioni, è pendente, alla data attuale, il ricorso alla Grande Camera.

³⁸ Commissione, decisione *Izquierdo Medina c. Spagna* cit. pag. 10. Nel ricorso, Medina riteneva che la lunga pena sino ad allora espiata (entrato in prigione una prima volta nel febbraio del 1974 ed evaso nell'aprile del 1979, il ricorrente fu, definitivamente, arrestato il 18 marzo 1982 e al momento della sentenza, egli aveva scontato una detenzione di quasi ventiquattro anni senza mai godere di benefici o permessi) costituiva violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Nel ritenere il ricorso infondato la Corte ha verificato l'esistenza nel diritto spagnolo della possibilità per le persone condannate ad una pena detentiva di chiedere la misura della liberazione condizionale, una volta eseguita parte della pena inflitta. Nel caso in esame, non risulta che il ricorrente abbia fatto uso di tale possibilità né che una sua eventuale richiesta si sia stata rigettata.

indicato, in quelle decisioni, era il lasso temporale trascorso il quale la speranza svanisce e l'esecuzione della pena diventa inumana.

Il caso Léger, prima comunicato al governo francese e poi dichiarato ricevibile, sembrava, per la particolarità della situazione concreta, poter portare la Corte ad una dichiarazione di incompatibilità della lunga detenzione sofferta dal ricorrente con il rispetto della dignità umana imposto dall'articolo 3 della Convenzione. A fondamento del ricorso alla Corte, infatti, vi era una detenzione prolungatasi per circa quarantadue anni, espiata dal ricorrente senza mai poter accedere, pur avendone fatto richiesta, alla liberazione condizionale né ad alcun altro beneficio³⁹ previsto dalla legislazione francese.

La motivazione della Corte a sostegno della non violazione è estremamente concisa. Si snoda in tre paragrafi.

Dopo aver ricordato quanto già detto in precedenti decisioni secondo cui «l'esecuzione di pene detentive a vita che non siano flessibili può porre problemi di compatibilità con la Convenzione allorquando non esista alcuna speranza di potere beneficiare di misure quali la libertà condizionale»⁴⁰, i giudici europei sembrano scomporre la pena detentiva in frazioni funzionalmente e temporalmente scandite. Così, riconoscendo implicitamente uno scopo di retribuzione alla stessa, si ammette una assoluta rigidità dell'esecuzione della pena nella sua fase iniziale, volta a soddisfare l'elemento punitivo della sentenza. Solo successivamente (secondo segmento temporale), la detenzione svolge un ruolo di difesa sociale e la sua esecuzione deve essere improntata ad una maggiore flessibilità e, quindi, potersi trasformare in libertà⁴¹. Quale siano gli scopi attribuiti alla sanzione penale dalla Corte è forse detto più chiaramente in un precedente passaggio della sentenza Léger, quando i giudici

39 Arrestato il 5 luglio 1964, il ricorrente fu condannato, il 7 maggio 1966, all'ergastolo per il sequestro e la morte di un minore. Pur avendo presentato, dal 1979, diverse richieste di liberazione condizionale, questa non gli era mai stata accordata dalle autorità giudiziarie francesi. Solo in seguito alla decisione di ricevibilità della Corte, del 21 settembre 2004, con decisione del 1° luglio 2005, confermata dalla *Chambre de l'application des peines* della Corte di Appello di Douai del 31 agosto 2005, il ricorrente fu ammesso ai benefici della liberazione condizionale sotto sorveglianza e scarcerato la notte tra il 2 e il 3 ottobre 2005.

40 Corte europea, sentenza Léger cit. § 90.

41 *Idem* § 91.

europei hanno verificato la legittimità della lunga detenzione sofferta dal ricorrente ai sensi dell'articolo 5 § 1 lett. a) della Convenzione⁴². A tal proposito, la Corte individua il fondamento giustificativo della pena nella repressione, nel rischio e nella pericolosità⁴³. La pena, nelle parole dei giudici di Strasburgo ha, in primo luogo, un elemento punitivo che porta necessariamente a guardare al passato, alla gravità del fatto quale accertato in sentenza. Gli altri elementi individuati attengono ad esigenze, oggettive e soggettive, di difesa sociale. Da un punto di vista oggettivo, la giustificazione della pena è connessa con la probabilità di realizzazione di fatti di reato (il fattore "rischio"); sotto il profilo soggettivo, la sanzione penale (e l'eventuale sospensione della sua esecuzione) deve, poi, tenere in conto la probabilità di recidiva di un soggetto (il fattore "pericolosità"). Mentre, il fattore rischio è dalla Corte ancorato, al pari dell'elemento punitivo, alla gravità del reato quale accertato in sentenza, il fattore pericolosità richiede un continuo scrutinio giudiziario. La sua valutazione impone un esame che partendo dal passato (dalla gravità, oggettiva e soggettiva, del reato) sia in grado di operare una previsione, alla luce del percorso compiuto dal detenuto, sulla probabilità di futura recidiva. Nell'elaborazione di tale fattore,

42 L'articolo 5 della Convenzione specifica che non vi può essere privazione della libertà – espressione che ricomprende ogni forma di arresto o detenzione, - se non nel rispetto delle vie legali e unicamente nelle ipotesi tassative elencate nel primo paragrafo. Due le condizioni, quindi: compatibilità con le previsioni del proprio diritto interno e necessità che queste previsioni rientrino tra quelle indicate dalle lettere a – f del § 1 dell'art. 5. E' inoltre garantito un continuo scrutinio sulla legittimità della detenzione (anche di quella che trova ai sensi della lett. a) la propria motivazione in una sentenza di condanna). Così, il controllo sulla legalità di una privazione della libertà non deve bloccarsi al momento iniziale della detenzione; esso deve aversi fintanto che dura la detenzione, in modo da garantire che le ragioni che inizialmente giustificavano l'infrazione della sanzione penale siano sempre rilevanti e sufficienti a giustificare la prosecuzione della detenzione. Nella giurisprudenza della Corte in applicazione dei comma 1 e 4 dell'articolo 5 è possibile individuare delle tracce di teorica della pena che portano ad una distinzione tra un *periodo* punitivo e *periodo* di sicurezza, cfr. Corte, *Stafford c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 2002, *Waite c. Regno Unito*, sentenza del 10 dicembre 2002; *Bübow, c. Regno Unito*, sentenza del 7 ottobre 2003, *Whyne c. Regno Unito*, sentenza del 17 ottobre 2003. Sull'evoluzione della giurisprudenza europea in merito alla necessità di un continuo scrutinio sulla legalità e regolarità della detenzione cfr. PADFIELD *Beyond the Tariff. Human Rights and the release of life sentence prisoners*. Devon, Willan Publishing, 2002 pp. 30 e sss; e PONCELA, *La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?* CARTUYVELS, DUMONT, OST, VAN DE KERCHOVE, VAN DROOGHENBROECK (a cura di), Bruxelles, Bruylant, 2007 pp. 366–367.

43 *Idem* § 74.

allora, dovrà tenersi conto degli elementi dai quali si evince la capacità a delinquere del detenuto, che, visti in un'ottica prognostica, e dopo che una parte necessaria di pena sia stata eseguita, ben possono presentare un significato diverso da quello assunto al momento dell'accertamento della responsabilità penale⁴⁴. Pur non indicando la Corte quale sia il rapporto tra il rischio e la pericolosità, sembra agevole argomentare che il primo (vale a dire la probabilità di verificazione di reati) dipenda, oltre che dalla gravità e dal tipo di reato commesso, anche dal livello di pericolosità attuale di un detenuto e che pertanto la valutazione del rischio deve necessariamente passare anche per la determinazione del grado di minaccia rappresentato in un dato momento da un dato soggetto. La diminuzione del fattore pericolosità (con conseguente diminuzione del fattore rischio) determina un aumento della speranza del detenuto (che può essere vista come la possibilità normativa di vedere trasformata la detenzione in qualcos'altro): è la sua capacità di evolvere a rendere in definitiva auspicabile una certa flessibilità dell'esecuzione della pena. Il segmento finale della pena, quello che tende principalmente a valutare il grado di pericolosità del soggetto, può così per i giudici europei subire una metamorfosi, trasformandosi in libertà⁴⁵.

Da quanto visto, il venire meno o l'affievolimento del rischio e della pericolosità di un detenuto cui non segua la sua libertà rende la detenzione sicuramente incompatibile con la Convenzione sotto il profilo della sua legalità ai sensi dell'articolo 5 § 1 lett a)⁴⁶. Sebbene non sia espressamente affermato dai giudici europei, l'immutabilità di una pena che abbia soddisfatto sia le esigenze repressive che quelle di

44 Nelle parole della Corte, al § 75 della sentenza *Léger*: *la Corte ha giudicato in effetti, a proposito di una pena all'ergastolo, che «nel momento in cui è stato soddisfatto l'elemento punitivo della sentenza, qualsiasi mantenimento della detenzione debba essere motivato da considerazioni di rischio e pericolosità» (§ 80) le quali sono tuttavia legate «agli obiettivi della sentenza inflitta originariamente per omicidio» (§ 87). Inoltre, l'elemento della pericolosità può, per sua natura, evolversi nel corso del tempo (decisione *Weeks* citata in precedenza, § 16).*

45 Il richiamo alla una *flessibilità* dell'esecuzione della pena nella suo momento finale è ripreso dalla Corte nel caso *Gardel c. Francia*, sentenza del 17 dicembre 2009, in cui si sottolinea come (§ 64) *le politiche criminali in Europa (...) accordano, accanto alla repressione, una importanza crescente alla finalità del reinserimento, in particolare nel periodo finale di una lunga pena detentiva. Una positiva risocializzazione presume, in particolare, la prevenzione della recidiva.*

46 Corte europea, sentenza *Léger* § 71 – 77, e § 91.

difesa sociale pone problemi anche sotto il profilo della sua umanità ai sensi dell'articolo 3⁴⁷.

Nel caso *Léger*, la Corte, verificato che dal 1979 “e cioè dopo quindici anni [di detenzione, il ricorrente], ha avuto la possibilità di presentare richiesta di liberazione condizionale ad intervalli regolari e con il rispetto delle garanzie processuali” ha concluso che “il ricorrente non può affermare di essere stato privato di tutte le speranze di ottenere una trasformazione della sua pena, che non era rigida né de iure né de facto”⁴⁸. Da qui, la affermazione di non violazione dell'articolo 3 della Convenzione in quanto l'esecuzione della pena non ha integrato gli estremi del trattamento disumano e degradante.

La sentenza della Corte non è esente da rilievi critici. In primo luogo, desta perplessità la sbrigativa motivazione data per spiegare la non violazione di una così lunga detenzione con la previsione convenzionale. La motivazione della Corte può così sintetizzarsi: il ricorrente non è mai stato privato della speranza, quindi la pena non è diventata disumana.

Inoltre, è palese la contraddizione in cui sono incorsi i giudici tra la ricostruzione di una teorica della pena e la sua applicazione al caso di specie. Infatti, dalle precedenti decisioni (sia pure tutte di irricevibilità, e tutte richiamate nel caso in esame) sembrava delinearsi, attraverso il richiamo del criterio della speranza, una politica orientata verso un sistema di pena flessibile nella fase esecutiva. La speranza poteva leggersi come la possibilità normativa concessa al detenuto di agire per costruire la propria libertà, attraverso, evidentemente, una riduzione del fattore pericolosità. La detenzione sembrava quindi concepita come tendente verso obiettivi sia di retribuzione sia di “rieducazione”. Per la Corte, quindi, la pena della detenzione a vita ben può essere “in astratto”

47 Quanto alla doglianza di cui all'articolo 5 § 1 lett. 1), i giudici europei non hanno riscontrato alcuna violazione, ritenendo le motivazioni di rifiuto della liberazione condizionale dei giudici interni sempre *ragionevoli* e, quindi, rientranti nel margine nazionale di apprezzamento in quest'ambito riconosciuto alle autorità nazionali. Cfr. sentenza *Léger* cit. § 76.

48 Corte europea, sentenza *Léger* § 92.

prevista purché il sistema preveda la sua possibile modificazione.

Tale assunto si pone, d'altra parte, in armonia con la preferenza accordata in sede europea⁴⁹ alla liberazione condizionale proprio per la sua capacità, in presenza di date condizioni e dopo l'espiazione di determinati periodi, di incidere sul giudicato quoad poenam, trasformando la detenzione in libertà.

Nella sentenza Léger sembra assistersi ad un cambiamento di prospettiva, in cui le finalità "rieducative" continuano ad avere un senso, non perché finalizzate alla trasformazione della detenzione in libertà, ma perché rendono più umana la pena da scontare, continuando ad alimentare quella speranza di libertà. Le esigenze di difesa sociale, di cui il reinserimento del reo è un aspetto, diventano in tal modo fini secondari della pena. Alla pena è allora riconosciuto, principalmente una funzione di retribuzione cui si affianca una funzione di neutralizzazione del reo. Sarebbe stato senz'altro preferibile, come ha scritto il giudice Fura Sandström nella sua opinione dissenziente, che la Corte avesse fatto un passo in avanti e, forte del consenso esistente nella maggior parte dei Paesi europei in tema di liberazione condizionale⁵⁰, avesse effettivamente assegnato a tale strumento il compito di dare attuazione

49 Si pensi alla Risoluzione 76 (2) del Comitato dei Ministri sul trattamento dei detenuti in detenzione di lunga durata, in cui si legge, tra l'altro, che gli si raccomanda agli Stati:

"9. di assicurarsi che i casi di tutti i detenuti saranno esaminati non appena possibile per verificare se una liberazione condizionale può essere loro accordata; 10. di accordare al detenuto la liberazione condizionale, con riserva delle esigenze legali concernenti il rispetto dei termini, dal momento in cui un esito favorevole può essere formulato, poiché la sola considerazione di prevenzione generale non può giustificare il rifiuto della liberazione condizionale; 11. di adattare all'ergastolo gli stessi principi che reggono le pene di lunga durata; 12. di assicurarsi che per le pene all'ergastolo l'esame previsto al n. 9 abbia luogo, ove non già effettuato, al più tardi dopo otto o quattordici anni di detenzione e sia ripetuto periodicamente;" Nel rapporto generale, il sottocomitato che redasse tale raccomandazione, ritenne:(...) *che è inumano imprigionare una persona per tutta la vita senza lasciarle alcuna speranza di liberazione. Una politica di prevenzione della criminalità che accetti di mantenere in prigione un condannato per sempre, allorché non è più un pericolo per la società, non sarebbe compatibile né con i principi attuali di trattamento dei prigionieri durante l'esecuzione della loro pena, né con l'idea di reintegrazione dei delinquenti nella società. Nessuno dovrebbe essere privato della possibilità di una eventuale liberazione; la misura in cui questa possibilità si realizza deve dipendere da un esame prognostico individuale.* Ancora da ricordare sono le Raccomandazione Rec (2003) 22 sulla liberazione condizionale e Rec (2003) 23 sul trattamento dei condannati all'ergastolo e a detenzione di lunga durata del Comitato dei Ministri, ispirate ad una forte esigenza di prevenzione speciale positiva.

50 Cfr. sul punto Corte, sentenza Léger § 46.

a quella speranza che nelle parole della Corte rende la pena detentiva di lunga durata tollerabile e quindi umana.

La Corte – o meglio la maggioranza dei giudici – non ha cambiato orientamento né metodologia argomentativa nelle successive pronunce.

Così, riprendendo l'argomentazione secondo cui la pena dell'ergastolo non è incompatibile con la previsione di cui all'art. 3 nei limiti in cui l'ordinamento lasci vivere la speranza nel condannato, de iureo de facto, di sua mutazione in libertà, nel caso *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, la Grande camera concludeva, ancora una volta, per la non violazione dell'articolo in esame, in considerazione del previsto potere del Presidente della repubblica, su proposta del Procuratore generale di, sospendere, graziare o sostituire le pene inflitte da un tribunale⁵¹. Ancora una volta, quindi, l'esistenza di una fiammella, non importa quanto flebile, è stata considerata sufficiente ad alimentare una speranza di libertà⁵²

In alcune sentenze del 2012, in cui nessuna violazione è stata riscontrata, la Corte è tornata ad occuparsi del problema della compatibilità dell'ergastolo con l'art. 3 della Convenzione, sviluppando ulteriormente le proprie argomentazioni in materia.

In particolare, nel caso *Vinter e altri c. RU*, dopo aver operato una suddivisione tra le tipologie di ergastolo riscontrabili negli ordinamenti europei⁵³, la Corte, riprendendo le argomentazioni già sostenute nel caso *Léger*, riafferma che è l'immutabilità della pena a poter porre essere lesiva della dignità umana e che, quindi, la violazione del divieto di pena disumana e degradante di cui alla disposizione in esame può ravvisarsi quando: a) la detenzione continui anche quando siano state soddisfatte le funzioni della pena (indicate in punizione, prevenzione,

51 Corte, *Kafkaris* cit. § 102.

52 Sul punto, i giudici notano come, dalle osservazioni delle parti, risulti che a seguito di intervento del Presidente della Repubblica *sono stati liberanti nove detenuti nel 1993 e due nel 1997 e nel 2005* (§ 103).

53 Corte, *Vinter* cit. §91 in cui i giudici distinguono: *la reclusione a vita con possibilità di liberazione dopo un periodo minimo di detenzione; la detenzione a vita con possibilità di valutazione discrezionale sulla liberazione condizionale e la detenzione a vita obbligatoria senza possibilità di liberazione condizionale*. Il discrimine tra queste due ultime tipologie di ergastolo è ravvisato nella possibilità (o meno) del giudice di valutare la rimessione anticipata in libertà in presenza di determinate circostanze.

tutela della collettività e risocializzazione) e b) non sia possibile, de iure de facto, la trasformazione dell'ergastolo in libertà. Non essendo stata soddisfatta, per nessuno dei ricorrenti, la prima delle tre condizioni⁵⁴, i giudici europei non si sono interrogati sulla effettiva possibilità di diminuzione o commutazione dell'ergastolo nell'ordinamento inglese.

In sintesi, dall'analisi della giurisprudenza, sembra persistere una certa ambiguità nelle argomentazioni della Corte che pur non escludendo che in talune circostanze la detenzione a vita possa porre problemi di compatibilità con l'art. 3 non riesce poi, nella sua prassi, dare concreta applicazione a quei principi pur in presenza di periodo di detenzione oggettivamente lunghi.

2.3. *La pena di morte.*

All'articolo 2, la Convenzione espressamente ammette la pena di morte limitandosi a circondarla di garanzie giurisdizionali⁵⁵. Una scelta abolizionista, in seno al Consiglio d'Europa è stata effettuata apertamente, in un primo momento, con il Sesto protocollo addizionale alla Convenzione del 28 aprile 1983, concernente l'abolizione, in tempo di pace, della pena di morte. E, quindi, con l'adozione del tredicesimo Protocollo addizionale alla Convenzione del 3 maggio 2002⁵⁶, che abolisce la pena di morte, senza possibilità di deroghe o riserve da parte degli Stati aderenti⁵⁷.

⁵⁴ I giudici notano in proposito come: il primo ricorrente avesse scontato solo tre anni di reclusione per un omicidio particolarmente efferato, commesso, tra l'altro, mentre si trovava in stato di liberazione condizionale; e gli altri ricorrenti, sebbene avessero già scontata rispettivamente 26 e 16 anni di reclusione, avevano visto la propria posizione valutata dalla *High Court* di recente con constatazione che le finalità (punitive e repressive) della pena non potevano ancora dirsi soddisfatte.

⁵⁵ Discende dal combinato disposto degli articoli 2, 6 e 7 della Convenzione che la pena capitale, quando ammessa, doveva rispettare le garanzie imposte dal principio di legalità dei reati e delle pene e quelle contemplate in tema di cd. *giusto processo*. Cfr. in questo senso, Corte, sentenza *Öcalan c. Turchia* del 12 maggio 2005. Su tale sentenza si rinvia a CARRELLO – SALCEDO, *La peine de morte peut-elle être considérée, en soi, en l'absence d'autres éléments comme une peine inhumaine et dégradante* in AMSELEK (a cura di), *Mélanges en hommages* cit. pp. 385 e ss.

⁵⁶ Il Protocollo è entrato in vigore il 1° luglio 2003, al raggiungimento della decima ratifica. Alla data del 22 aprile 2007, pur avendolo firmato il 2 maggio 2002, l'Italia non l'ha ancora ratificato.

⁵⁷ In realtà, come è espressamente detto nel rapporto esplicativo al tredicesimo Protocollo, in seguito all'adozione del Protocollo n. 6, l'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha sempre chie-

Non si riscontrano per il momento, decisione della Corte di applicazione delle disposizioni contenuti in tali Protocolli. Tutte le decisioni che hanno avuto ad oggetto questioni relative alla pena di morte sono fondate ancora su articoli della sola Convenzione.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata, per la prima volta, sulla pena capitale nel 1989 con la sentenza *Soering*⁵⁸ in cui si è soffermata, in particolare, sui rapporti tra tale sanzione penale e l'articolo 3 della Convenzione⁵⁹.

Una rapida sintesi dello svolgimento della vicenda è necessario per illustrare il modo in cui la Corte ha, inizialmente, affrontato il problema della pena di morte⁶⁰.

Soering, giovane cittadino della Repubblica federale di Germania,

sto agli Stati che presentavano richiesta di adesione all'organizzazione europea di impegnarsi ad adottare una moratoria dell'esecuzione delle eventuali condanne a morte pronunciate dai tribunali nazionali. E nel 1994 con la risoluzione n. 1044, ha espressamente invitato tutti gli Stati che non l'avessero ancora fatto a ratificare il protocollo n. 6 relativo all'abolizione della pena di morte.

⁵⁸ Corte, *Soering*, cit.

⁵⁹ La Commissione si era confrontata con la pena di morte nel caso *Kirkwood*, Commissione, *Kirkwood c. Regno Unito*, 1985 DR 158 p.184, dove, per la prima volta, considerò la possibilità che la pena capitale, sebbene consentita dall'articolo 2 § 1 della Convenzione, potesse porsi in contrasto con le previsioni dell'articolo 3. Sull'influenza esercitata dalla sentenza *Soering* sulla giurisprudenza di altri organismi giudiziari o quasi giudiziari internazionali, cfr., tra gli altri, LILLICH, *Harmonizing Human Rights Law Nationally and Internationally: the Death Row Phenomenon as a Case Study*, in *Saint Louis University Law Journal*, 1996, p.701 e ss.

⁶⁰ La letteratura sul caso *Soering* è vasta. cfr. MAROTTA, *Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all'art. 3 della Convenzione. Considerazioni sulla sentenza Soering in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 439 e ss; DAMATO, *Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ibidem, 1991, p. 648; DEWITT, *Extradition Enigma: Italy and Human Rights vs America and the Death Penalty*, in *Catholic University Law Review*, 1998, pp. 535 e ss; ROECKS, *Extradition, Human Rights, and the Death Penalty: when Nations Must Refuse to Extradite a Person Charged with a Capital Crime*, in *California Western international law Journal*, 1994, v. 25 p. 189 e ss; SHEA, *Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases after Soering*, in *Yale Journal International Law*, 1992, v. 87 pp. 85 e ss; BREIRENMOSE, WILMS, *Human Rights v. Extradition: the Soering Case in Michigan Journal International Law*, v. 11 Spring 1990, pp. 845 e ss; DONNELLY, *Soering v. United Kingdom: Whether the Continued Use of the Death Penalty in the Unites States Contradicts International Thinking?*, in *New England Journal On Criminal and Civil Confinement*, 1990, 2, pp.340 e ss.; PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 367 e ss; VAN DEN WYNGAERT, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, October 1990, pp. 757 e ss.

commette, con la complicità della ragazza, un duplice omicidio, uccidendo, con numerose coltellate, i genitori di questa. Fuggiti in Inghilterra, vengono qui arrestati per reati contro il patrimonio. Tanto gli Stati Uniti quanto la Repubblica federale di Germania chiedono al Regno Unito l'extradizione di Soering. Trattandosi di reato per cui, senza dubbio, Soering rischia la pena capitale, il governo britannico chiede alle autorità statunitensi, a norma del trattato anglo - americano di estradizione del 1972, che nel caso di irrogazione della pena capitale, questa non venga eseguita. Quale assicurazione, il procuratore competente si impegna a segnalare al giudice, al momento della determinazione della pena, che il Regno Unito si augura che la pena di morte non sarà inflitta. Il Ministro dell'Interno inglese - ritenendo evidentemente sufficienti le garanzie ricevute - dispone il provvedimento di concessione dell'extradizione verso gli Stati Uniti. Soering aveva, nel frattempo, presentato ricorso agli organi di Strasburgo lamentando la violazione degli articoli 3, 6 e 13 della Convenzione.

La Corte, cui il caso era stato sottoposto dalla Commissione, pur rifiutando di affermare che la pena di morte per sé integrasse una violazione dell'articolo 3 della Convenzione, ha stabilito che l'extradizione di Soering verso gli Stati Uniti, comportando il serio rischio di trattamenti disumani e degradanti per le sofferenze che il ricorrente avrebbe subito durante la permanenza nel cd. corridoio della morte, era incompatibile con le previsioni dell'articolo 3.

Alla base di tale affermazione si ponevano tre principi concernenti: la responsabilità dello Stato richiesto; la valutazione del rischio di condotta incompatibile con l'articolo 3; e il superamento della soglia di gravità.

Quanto al primo punto, la Corte ha riaffermato, in primo luogo, la responsabilità, ai sensi dell'articolo 3, degli Stati membri in ordine alle prevedibili conseguenze di un'extradizione⁶¹ e la necessità di assicurare

⁶¹ Tale principio era già stato affermato dalla Commissione in *Kirkwood c. Regno Unito*, 1984, DR 37, p.198 e in *Altun c. Repubblica Federale di Germania*, 1983, DR n. 36.

una tutela concreta ed effettiva dei diritti garantiti dalla Convenzione⁶². La novità della pronuncia è data dall'estensione dell'assunto di cui sopra anche ai casi in cui lo Stato richiedente l'extradizione non sia Parte della Convenzione: lo spirito dell'articolo 3 impone un obbligo implicito per gli Stati contraenti di non estradare verso Paesi in cui vi sia il rischio, per l'estradando, di subire pene o trattamenti disumani o degradanti, indipendentemente dall'essere il Paese di destinazione vincolato o meno ai dettami convenzionali⁶³. Immaginando tale responsabilità, non si realizza, per la Corte, un'efficacia extraterritoriale delle previsioni convenzionali. Non si pone alcuna questione di stabilire la responsabilità di uno Stato che non sia parte della Convenzione (nel caso che ci interessa, gli Stati Uniti). La Corte puntualmente ha osservato che non era sua intenzione estendere la propria giurisdizione a comportamenti tenuti dallo Stato richiedente, non membro della Convenzione. L'unica responsabilità in gioco era quella dello Stato parte concedente l'extradizione pur nella consapevolezza del pericolo di violazioni di diritti fondamentali al di fuori della propria giurisdizione⁶⁴. Si trattava, in definitiva, di riaffermare un obbligo a carico dei Paesi membri.

Quanto alla valutazione del rischio, ulteriore dato nuovo, risultato dell'interpretazione evolutiva della Corte, è la presenza di una allegata violazione potenziale e non reale dei diritti garantiti. Si discuteva, cioè, della possibilità che un comportamento non ancora verificatosi potesse risultare incompatibile con i dettami convenzionali.

Prima di verificare se le circostanze connesse all'esecuzione della pena capitale nello Stato della Virginia fossero tali da causare il superamento della soglia di gravità necessario per la configurazione di una delle condotte vietate dall'articolo 3, la Corte si è confrontata, infatti, con la questione dell'esistenza del concreto pericolo per Soering, tornato in Virginia, di condanna alla pena capitale con conseguente

62 Corte *Soering* cit. § 87.

63 Si ipotizza, in tal modo una responsabilità di tipo concorsuale a carico di uno Stato parte che, consapevolmente, concorre, con altro Stato, alla violazione di diritti fondamentali dell'individuo (Per la correttezza dell'uso di istituti di diritto penale cfr. VAN DEN WYNGAERT, *Applying cit.* p. 761).

64 Corte *Soering* § 33 – 34.

permanenza nel cd. corridoio della morte (*death row*)⁶⁵. Pur nel rispetto del tradizionale ermetismo delle sue decisioni, in *Soering* la Corte, operando un giudizio sul rischio di violazione, ha provato a compiere un'opera di generalizzazione e ha stabilito che un'extradizione contravveniva all'articolo 3 "quando vi sono consistenti motivi (nella versione francese seri ed accertati motivi) di credere che, se estradato, l'interessato incontrerebbe un reale rischio di essere sottoposto ad un trattamento disumano e degradante nello Stato richiedente"⁶⁶. Il pericolo che una estradizione si traduca nella violazione dell'articolo 3 si accerta, nelle parole della Corte, sulla base della presenza di consistenti motivi. Gli elementi su cui la Corte ha fondato il proprio giudizio sono stati, da una parte, la dichiarazione resa all'udienza dal governo britannico che vi era un rilevante rischio che *Soering* sarebbe stato condannato e qualche rischio che la pena di morte sarebbe stata comminata e, dall'altra, l'inadeguatezza delle assicurazioni date dalle autorità statunitensi che si erano impegnate a informare il giudice al momento della irrogazione della pena che la Gran Bretagna si opponeva alla imposizione della pena di morte. Nel ritenere che tali elementi avessero un peso maggiore dell'eventuale riconoscimento, da parte delle autorità giudiziarie della Virginia, a *Soering* delle attenuanti legate alla giovane età ed al suo stato di salute mentale, la Corte ha concluso che vi erano "consistenti motivi di credere che *Soering* correva un reale rischio di essere condannato a morte e dunque di subire la sindrome del braccio della morte"⁶⁷. La misura rilevante del rischio di subire un trattamento vietato sembra, allora, essere, per la Corte quello della probabilità, con relativo obbligo a carico dello Stato richiesto di dimostrare che la violazione della Convenzione nello Stato richiedente è altamente improbabile⁶⁸.

65 Già nel caso *Campbell*, la Corte aveva ritenuto che il *timore* di una condotta vietata potesse violare l'articolo 3 solo nel caso di sua immediata e reale verificaione, senza però fornire indicazioni circa i criteri di valutazione da utilizzare per apprezzare la sussistenza del rischio di violazione della Convenzione

66 Corte, *Soering cit.* § 90.

67 Corte *Soering cit.* § 98

68 Sul grado di probabilità del rischio cfr. anche SHEA, *Expanding cit.* p.108; LILICH *The Soering Case in The American Journal of International Law* 1991, v. 85 p. 140 e QUINGLEY, SHANK *Death Row as a Violation of Human Rights: Is It Illegal to Extradite to Virginia?* In *Virginia Journal of International Law*, 1989, v. 30 p.255.

La Corte ha riaffermato, infine, che la sindrome del braccio della morte costituiva trattamento o pena disumana e degradante ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. Nella sua statuizione, l'organo di controllo ha ritenuto che la pena capitale in sé fosse compatibile con il divieto di tortura di cui all'articolo 3 e ciò perché una diversa conclusione avrebbe comportato un contrasto tra tale previsione e la lettera dell'articolo 2 par. 1 della Convenzione, laddove i principi interpretativi della Convenzione “esigono che questa sia letto come un unico e quindi, che l'articolo 3 sia interpretato in armonia con l'articolo 2”⁶⁹. Rimase pertanto, assolutamente, minoritaria la concorrente opinione del giudice De Mayer, per il quale la legittimità della pena di morte quale eccezione al diritto alla vita stabilita dall'articolo 2 par. 1 della Convenzione doveva essere considerata incompatibile con la coscienza e la pratica legale dei Paesi dell'Europa moderna.

“L'atteggiamento attuale degli Stati contraenti nei confronti della pena di morte” non è stato dalla Corte considerato come fattore per giungere alla qualificazione della pena di morte come tipo di sanzione inumano, ma è stato valutato, insieme al modo in cui la condanna capitale è pronunciata o eseguita, alla personalità del condannato, ad una sproporzione in relazione alla gravità del reato e alle condizioni della detenzione in attesa dell'esecuzione, come elementi per accertare il superamento della soglia tollerabile di sofferenza ed avvilitamento.

La Corte, allora, ha preso in esame dati quali lo stato di salute del Soering, la sua età, le condizioni del regime di sorveglianza nel corridoio della morte, la durata della sua permanenza e la possibilità di estradare Soering verso la Germania per concludere che ciascuno di questi elementi considerati nell'insieme cui danno luogo determina il superamento della soglia di gravità e, quindi, la integrazione di trattamenti e pene disumane e degradanti.

⁶⁹ Corte, *Soering cit.* §103.

2.3.1. *Conseguenze in tema di estradizione ed espulsioni.*

I principi affermati nella sentenza *Soering*, pur riferendosi ad ipotesi di estradizione, sono applicabili anche alle espulsioni ed, in genere, a ogni caso di allontanamento forzato dalla propria giurisdizione operato da uno Stato membro: anche se l'espulsione, al pari dell'extradizione e del diritto di asilo, non è direttamente contemplata dalla Convenzione, la giurisprudenza europea ammette che una decisione di espulsione, di estradizione o di rifiuto di ingresso di uno straniero possono, in casi eccezionali, costituire violazione dell'articolo 3⁷⁰. Anche in tale contesto, il principio affermato in sede europea è la responsabilità dello Stato contraente che espelle un individuo pur in presenza di fondati e seri motivi di credere che quello possa essere sottoposto, nel Paese di destinazione, alla tortura o a trattamenti disumani o degradanti. Sottolineando il carattere assoluto del divieto di tortura, la Corte limita, in tal modo, il diritto degli Stati membri di espellere, o in altro modo allontanare dal proprio territorio, uno straniero per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza nazionale o in seguito a condanna penale⁷¹. I fondati e seri motivi di timore di maltrattamenti possono non riscontrarsi quando il Paese di destinazione dia sufficienti garanzie di una adeguata protezione da detti trattamenti. La nozione di adeguata protezione dal rischio di condotte contrarie all'articolo 3 è stata oggetto di un'interpretazione estensiva. Essa configura, in primo luogo, una protezione contro gli atti provenienti dalla autorità pubbliche, quali atti illegali di agenti di polizia, militari o anche atti posti in essere da

⁷⁰ Nella sentenza del 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, la Corte – dialogando a distanza con i giudici inglesi che nel caso *Wellington v. Secretary of State* [2008] UKHL 72 avevano derivato dalla giurisprudenza europea un *diverso standard di tutela* accordato dall'art. 3 nelle procedure di estradizione e in quelle di espulsione – ha ribadito che la presenza di un *reale rischio* di trattamento disumano e degradante preclude qualsiasi ipotesi di allontanamento della persona dal territorio dello Stato, quale che sia la *forma giuridica* data alla misura in questione (extradizione, espulsione o altro) (§ 120). Su questa decisione v. VIGANÒ *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷¹ cfr., fra le altre, Corte, sentenza *Chahal c. Regno Unito* del 15 novembre 1996, Raccolta 1996, p. 1853 §73 – 74; Corte, sentenza *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*, del 30 ottobre 1991, in Serie A 215, p. 34, §103.

aderenti a fazioni politiche. Ed implica, altresì, un dovere di protezione nei confronti di atti che possano provenire da individui privati. La Corte, però, perché si possa avere questa estensione di protezione da atti proveniente non soltanto da autorità pubbliche ma anche da privati, ha richiesto la sussistenza di due condizioni: la prova di un reale rischio per l'espulso – e questa prova non si deve confondere con la situazione generale di violenza in cui si trova il Paese di destinazione – e la prova dell'incapacità delle autorità del Paese di rinvio di assicurare una protezione adeguata – incapacità, dice la Corte, che non deve essere confusa con una generica inadeguatezza delle forze di polizia di mantenere l'ordine⁷². Anche le condizioni di salute del soggetto destinatario della decisione di espulsione, o di estradizione, devono essere valutate dalle autorità competenti: i giudici europei hanno, infatti, ritenuto le espulsioni contrarie all'articolo 3 in caso di malattie che nel Paese di destinazione non riceverebbe le adeguate e necessarie cure⁷³.

2.3.3. Applicazioni giurisprudenziali in tema di ergastolo.

In alcune sentenze del 2012⁷⁴, infine, la Corte si è pronunciata sulla legittimità convenzionale dell'extradizione di talune persone che nello stato richiedente avrebbero potuto essere condannate alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata.

Nel caso *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, in particolare, i ricorrenti – accusati, tra l'altro, il primo di omicidio involontario commesso durante l'esecuzione di altro (*felony murder*) reato e il secondo di omicidio volontario – erano sottoposti ad una richiesta di estradizione verso gli Stati Uniti. Analoghi i fatti nel caso *Babar Ahmad c. Regno Unito*, in cui i ricorrenti erano accusati negli Stati Uniti, di atti di coinvolgimento o di supporto ad attività di terrorismo internazionale.

⁷² cfr. Corte, sentenza *HRL c. Francia*, del 29 aprile 197, Raccolta 1997, p. 745.

⁷³ Corte, sentenza *D. c. Regno Unito* del 2 maggio 1997, , Raccolta 1997, p.792, § 49.

⁷⁴ Si tratta delle già citate sentenze *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* e *Harkins e Edwards c. Regno Unito*.

In entrambe le sentenze, la motivazione in diritto dei giudici europei si snoda attraverso gli stessi passaggi argomentativi che, risentendo, in qualche modo, della (fragile) teorica della pena individuata in precedenti sentenze, operano una distinzione tra momento dell'inflizione e momento finale dell'esecuzione della pena.

In particolare, i giudici europei ancorano una eventuale disumanità dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata ad una sua manifesta non proporzionalità rispetto al reato di cui si è accusati. Nel caso in cui tale pena non possa ritenersi sproporzionata al momento della sua inflizione, una violazione dell'art. 3 potrebbe aversi solo nel caso in cui ricorressero due condizioni (la prova della cui esistenza sussistenza, tra l'altro, è dai giudici posta a carico dei ricorrenti). Così, per i giudici europei, scontato un primo periodo di detenzione – volto evidentemente a soddisfare l'elemento punitivo della sentenza – i ricorrenti devono dimostrare a) che l'ulteriore protrazione della detenzione non sia più funzionale al perseguimento di nessuno dei legittimi scopi della pena (retribuzione, deterrenza, protezione della collettività e risocializzazione), e b) che ciononostante non vi sia alcuna possibilità, de iure o de facto, di essere ammessi ad una liberazione anticipata.

In base a tale test, rilevando, da un lato che l'ergastolo non fosse, in astratto, sproporzionato ai fatti addebitati ai ricorrenti e dall'altro, come gli stessi non avessero fornito adeguata dimostrazione della impossibilità – una volta condannati ed eseguita parte della pena – di liberazione condizionale, i giudici di Strasburgo hanno giudicato che l'extradizione dei ricorrente non violasse l'art. 3 della Cedu⁷⁵.

2.3.2. Applicazioni giurisprudenziali in tema di esecuzione di pene capitali.

Nelle sentenze Poltoratsky, Kouznetsov, Dankevich, Nazareno,

⁷⁵ Per tutti i casi indicati è attualmente pendente il ricorso davanti alla Grande Camera, e, in sentenza, i giudici hanno affermato la validità della misura cautelare accordata a tutti i ricorrente (concernente, di fatto, il divieto di estradizione a carico delle autorità del Regno Unito) in attesa che le decisioni diventino definitive.

Aliev e Khoklitch⁷⁶ la Corte si è occupata delle condizioni della detenzione nella sezione relativa i condannati a morte ed in tutte le decisioni ha affermato che le condizioni di vita imposte ai ricorrenti nel cd. corridoio della morte costituivano violazione dell'articolo 3⁷⁷.

La Corte ha, in primo luogo, richiamato la propria giurisprudenza secondo cui le sofferenze e le umiliazioni inflitte non devono mai superare quell'inevitabile elemento di sofferenza e di umiliazione connessa ad ogni forma di legittimo trattamento punitivo. Da ciò deriva a carico degli Stati un triplice l'obbligo di assicurare che ogni persona sia detenuta in condizioni tali da rispettare la sua dignità, che le modalità di esecuzione della pena non gli causino angosce e afflizione di una intensità superiore l'inevitabile livello di sofferenze inerenti la detenzione e che, avuto riguardo alle esigenze pratiche della detenzione, salute ed il benessere dei detenuti sia garantito in modo adeguato⁷⁸. Ha poi ricordato che quando è imposta la pena di morte, le circostanze personali del condannato, le condizioni e la lunghezza della detenzione precedente l'esecuzione sono elementi in grado di far rientrare il trattamento e la pena ricevuta nell'ambito dell'articolo 3⁷⁹. Nei casi sottoposti alla sua attenzione, la Corte ha constatato - avvalendosi sia del rapporto redatto dai membri della Commissione sia dei rapporti di visita del CPT⁸⁰ - che le condizioni e la durata della detenzione in attesa dell'esecuzione potevano senz'altro rientrare nel campo di applicazione

⁷⁶ Corte, sentenza *Poltoratsky, Kouznetsov, Dankevich, Aliev e Khoklitch c. Ucraina* del 20 aprile 2003. Altro profilo di interesse di questa sentenza è l'uso fatto della Corte, soprattutto nella ricostruzione dei fatti, dei Rapporti del CPT concernenti le visite effettuate in Ucraina.

⁷⁷ I casi analizzati dalla Corte – tutti introdotti nel 1997 - riguardavano sentenze di condanna alla pena di morte emesse prima della sentenza della Corte costituzionale ucraina del 29 dicembre 1999 che dichiarava incostituzionale la pena capitale. In attuazione di tale sentenza la legge n. 1483-III del 22 febbraio 2000 stabiliva la commutazione delle condanne capitali in ergastoli.

⁷⁸ Corte, *Kouznetsov* § 112, *Dankevich*, § 123, *Dankevich*, §131, *Poltoratsky*, § 132, riprendendo, in tutte le decisioni, testualmente quanto detto in *Kudla c. Polonia*, Grande Camera del 26 ottobre 2000 § 92.

⁷⁹ Corte, *Kouznetsov* § 113, *Dankevich*, § 124, *Dankevich*, §132, *Poltoratsky*, § 133, riferendosi sia alla sentenza *Soering cit* § 104, sia alle successive sentenze *Dougoz c. Greece*, del 6 marzo 2001 § 46, Raccolta 2001-II; e *Kalashnikov c. Russia*, del 15 luglio 2002, Raccolta 2002-VI § 95.

⁸⁰ E' da notare altresì che i criteri di cui la Corte si è avvalsa per valutare le condizioni della detenzione sono gli stessi normalmente utilizzati dai membri del CPT: ampiezza, luminosità e riscaldamento delle celle, regime detentivo comprendente ore trascorre fuori delle celle, corrispondenza e visite familiari.

dell'articolo 3. In particolare, i giudici europei hanno sottolineato che per parte della loro detenzione, i ricorrenti avevano trascorso quasi tutte le giornate senza luce del giorno; non avevano beneficiato di nessuna ora d'aria né avevano avuto la possibilità di svolgere un'attività o di avere contatti umani. Per la Corte, tale situazione è stata sicuramente tale da causare sofferenze mentali considerevoli nei ricorrenti tanto da poter far qualificare il trattamento penitenziario inflitto come disumano e degradante.

In tali decisioni, in definitiva, analogamente alla decisione Soering, la violazione dell'articolo 3 è stata ravvisata perché le condizioni materiali della detenzione cui erano sottoposti i detenuti in attesa di esecuzione della pena capitale non erano compatibili con gli standard europei.

**MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA DI L'AQUILA,
ORDINANZA 22 GIUGNO 2012**

Pene e sistema penitenziario – Ergastolo – Isolamento diurno continuo – Modalità applicative- Divieto assoluto di comunicare con altri detenuti – Sussistenza – Esclusione.

L'isolamento diurno conseguente alla pena dell'ergastolo costituisce autonoma sanzione penale, con la conseguenza che, in sede applicativa, non può omettersi la verifica che la sua esecuzione si effettui con modalità tali da favorire il processo di risocializzazione del condannato, come impone il precetto costituzionale codificato all'art. 27, comma 3, Cost. In tale prospettiva, non può ritenersi coerente con la finalizzazione rieducativa della pena l'isolamento continuo del detenuto, qualora esso sia accompagnato dalla prescrizione dell'assoluto divieto di comunicazione con gli altri compagni di detenzione.

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

LETTI gli atti del procedimento di sorveglianza instaurato nei riguardi di Z.V., nato ... *omissis* ..., detenuto presso la Casa circondariale di L'Aquila, avente ad oggetto: reclamo ex art. 35 O.P.;

A scioglimento della riserva adottata all'esito della camera di consiglio del 22 giugno 2012, ha emesso la seguente

ORDINANZA

1. - Il presente procedimento trae origine dall'istanza con la quale il detenuto Z.V., in espiazione della pena dell'ergastolo, ha chiesto la sospensione dell'isolamento diurno, attualmente in esecuzione, adducendo di versare in una condizione di assoluta segregazione, in ragione della concomitante applicazione del regime di sospensione

di alcune regole dell'ordinario trattamento, disposta con decreto ministeriale applicativo ex art. 41bis O.P.

Il difensore ha depositato una memoria con la quale ha meglio chiarito i termini della richiesta deducendo:

A) per un verso l'illegittimità della modalità attuativa della pena dell'isolamento diurno (ormai perdurante da circa un anno e mezzo), attuata in forma di vera e propria "segregazione" nei confronti del detenuto Z.V., essendo quest'ultimo:

1. sottoposto al regime di cui all'art. 41bis O.P.;
2. collocato in area riservata;
3. completamente sottratto alle attività funzionali all'attuazione della finalità rieducativa della pena;
4. completamente isolato da tutto il mondo circostante, essendogli vietato non solo di avere momenti di socialità con gli altri detenuti, ma addirittura di parlare con quelli collocati nella medesima area riservata, sotto comminatoria di provvedimenti disciplinari (in concreto, peraltro, già adottati);

B) per altro verso sostenendo l'incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto con il regime in concreto risultante dall'esecuzione della pena dell'isolamento diurno ed evidenziando, a tal fine, che il soggetto, gravemente iperteso, ha recentemente mostrato anche la comparsa di un danno d'organo, scarsamente controllato dalla terapia in atto.

Con riferimento a tale secondo profilo della richiesta, il procedimento ha già avuto esito nella pronuncia del Tribunale di sorveglianza in data 21-02-2012.

Con l'ordinanza appena citata, il Tribunale di sorveglianza, ha invece rilevato di essere sprovvisto di un diretto potere di intervento riguardo alla prima questione, traducendosi l'istanza nell'invocazione di una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria che si assumono lesivi di diritti fondamentali della persona sottoposta a restrizione della libertà personale; materia, dunque, riservata alla cognizione del Magistrato di sorveglianza, nei termini di cui alla sentenza additiva n. 26 emessa dalla Corte costituzionale in data 8/11 febbraio 1999.

In ragione di quanto sopra, e per l'attivazione del relativo procedimento,

il Tribunale ha rimesso gli atti a questo Magistrato di sorveglianza, il quale deve preliminarmente osservare che, in ragione della genericità della deduzione di cui al punto A.3, la questione oggetto di esame non può che restare limitata al tema evocato al punto A.4, con riferimento al divieto per @@@ di comunicare con i compagni di detenzione, divieto che, in passato, è stato effettivamente sanzionato dall'Amministrazione in via disciplinare.

2. - L'**isolamento**, in campo penitenziario, è concetto che individua, genericamente, la condizione di coattiva separazione del detenuto dalla rimanente popolazione carceraria

Si tratta di *genus* nel cui ambito si distinguono quali *species*: l'isolamento notturno e l'isolamento c.d. "continuo" (diurno e notturno).

2.1. - L'isolamento **notturno**, contemplato dagli artt. 22, 23 e 25 C.P. («*La pena dell'ergastolo/della reclusione/dell'arresto ... è scontata ... con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno*») quale ordinaria forma di esecuzione delle tre specie di pene detentive, si risolve nell'imposizione per il condannato di permanere in una cella individuale nelle ore notturne. Il carattere di obbligatorietà di tale forma di estrinsecazione dell'esecuzione della pena detentiva è peraltro venuto meno – trasformandosi in mera ed eventuale "modalità di trattamento" – con l'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario (Legge n. 354/1975) che, all'art. 6, comma 2, ha disposto: «*I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti*» (per i ristretti in forza di provvedimento giurisdizionale non definitivo, il quarto comma della medesima disposizione enuncia, peraltro, opposto principio: «*Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta*»).

2.2. - L'isolamento **continuo** è viceversa contemplato dall'art. 33 O.P. che ne ha circoscritto tassativamente la possibilità di applicazione a tre sole fattispecie: 1) quando sia prescritto dal medico e, dunque, in ipotesi di malattia contagiosa (applicazione per ragioni sanitarie); 2) durante l'esecuzione della sanzione dell'esclusione dalle attività in comune (applicazione per ragioni disciplinari); 3) quando l'autorità giudiziaria lo ritenga indispensabile nei confronti del soggetto sottoposto alla

misura cautelare della custodia carceraria al fine di evitare il concreto pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova (applicazione per ragioni di cautela processuale). Non può invece ulteriormente postularsi l'applicazione dell'isolamento continuo rispetto agli «... *arrestati nel procedimento di prevenzione*», originariamente prevista dall'art. 33 cit. allorché fosse disposto («*ritenuto necessario*») dall'autorità giudiziaria, giacché l'art. 6 della Legge n. 327/1988, riformando il testo dell'art. 7 della Legge n. 1423/1956, ha escluso la possibilità di arresto nei confronti del soggetto sottoposto a procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione.

2.3. - Il carattere tassativo dell'elencazione delle fattispecie alle quali l'art. 33 cit. riconduce la possibilità di applicazione dell'isolamento continuo e la previsione, da parte dell'art. 89 O.P., dell'abrogazione di ogni norma incompatibile con quelle di ordinamento penitenziario, ha condotto una parte degli interpreti ad interrogarsi circa la sopravvivenza, dopo l'entrata in vigore della Legge n. 354/1975, di quelle disposizioni che contemplassero ulteriori ipotesi di applicazione del regime di isolamento, come l'art. 72 C.P., che prevede, nei confronti dei condannati per più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo, ovvero per delitti che rispettivamente importano la pena dell'ergastolo e pene temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni, che all'ergastolo si assommi la pena dell'isolamento **diurno**.

A partire dalla sentenza n. 718 del 28-02 / 10-04-1980 della prima sezione penale della Corte di Cassazione (con orientamento poi confermato dalle sentenze: n. 7370 del 04-11-1986 / 12-06-1987; n. 780 del 24-02 / 14-04-1993; n. 3748 del 30-09 / 02-11-1993 e n. 2116 del 21-03 / 10-05-2000), la giurisprudenza di vertice ha peraltro escluso tale eventualità. A sostegno di tale conclusione la suprema Corte, ha evidenziato che l'isolamento diurno, previsto dall'art. 72 C.P., non è una modalità di vita o disciplina carceraria (*i.e.*: di esecuzione della pena), ma costituisce invece una sanzione penale per i delitti concorrenti con quelli dell'ergastolo, ed ha perciò ritenuto inconfigurabile un contrasto, determinante abrogazione per incompatibilità, tra una norma che prevede una vera e propria sanzione penale (l'art. 72 cit.) ed altra

inserita in un testo di legge avente ad oggetto le modalità di esecuzione della pena detentiva (l'art. 33 O.P.) .

Nonostante le originarie perplessità di una parte della più risalente dottrina, deve pertanto aversi ormai per acquisito che, in aggiunta all'isolamento per ragioni sanitarie, disciplinari o di cautela processuale, l'ordinamento vigente contempra ancora quell'isolamento continuo che identifica non già una forma di esecuzione della pena detentiva, ma un'autonoma sanzione penale.

3. - Tanto premesso, si è detto che la questione oggetto della presente decisione concerne la definizione dell'ambito di estensione delle limitazioni connaturate all'esecuzione dell'isolamento diurno, per valutare, più precisamente, se tra tali limitazioni sia anche compresa quella derivante da un indiscriminato divieto di comunicazione con i compagni di detenzione.

La questione deve essere ponderata alla luce di quel principio fondamentale (che può definirsi di teoria generale del diritto penitenziario) desumibile dalla maieutica operata dalla Corte costituzionale e della Corte di Cassazione riguardo ai limiti del potere punitivo dello Stato, intrinseci alla natura ed agli scopi dell'esecuzione della pena nell'ambito di un sistema democratico. Principio che può riassumersi nell'obbligatoria finalizzazione degli strumenti del c.d. "trattamento" e delle modalità di esecuzione della pena alla realizzazione della finalità rieducativa, della quale il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità costituisce al contempo complemento e corollario. Il carattere assoluto ed inderogabile di tale principio di derivazione costituzionale ne spiega la vocazione ad assumere carattere di immanenza in ciascuno degli istituti di diritto penitenziario, per assurgere non solo (come si sopra è accennato) a strumento di definizione e di misura della potestà dell'Amministrazione nell'assolvimento della propria funzione istituzionale, ma altresì, e per l'interprete, ad indefettibile criterio di selezione delle possibili opzioni ermeneutiche della normativa di settore.

4. - La precisazione riassuntivamente ricapitolata nel paragrafo che precede appare indispensabile, con riferimento alla materia d'interesse, in ragione della lacunosità della disciplina concernente le modalità di esecuzione dell'isolamento continuo, specie per ciò che attiene alla sua

estrinsecazione in forma di sanzione penale.

4.1 - Va a tal fine considerato che la regolamentazione normativa dell'isolamento può rinvenirsi esclusivamente nel disposto di cui all'art. 73 Reg. Esec. O.P.

La norma, si compone di otto commi. Gli ultimi quattro sono dedicati all'affermazione di principi generali, valevoli in relazione a tutte le fattispecie di applicazione dell'isolamento, con finalità di salvaguardia e di tutela della salute fisica e mentale del detenuto isolato, al quale sono comunque «... *assicurati il vitto ordinario e la normale disponibilità di acqua*» (comma 5) e la cui condizione deve essere «... *oggetto di particolare attenzione, con adeguati controlli giornalieri nel luogo di isolamento, da parte sia di un medico, sia di un componente del gruppo di osservazione e trattamento, e con vigilanza continuativa ed adeguata da parte del personale del Corpo di polizia penitenziaria*» (comma 7) ecc..

I primi quattro commi sono invece più interessanti ai fini della presente decisione, contenendo una disciplina differenziata in relazione alle diverse fattispecie di isolamento diurno contemplate dalla legge e così disponendo:

A) che l'isolamento per **ragioni sanitarie** sia eseguito in appositi locali dell'infermeria o in un reparto clinico e che debba «... *cessare non appena sia venuto meno lo stato contagioso*» (comma 1);

B) che ai detenuti ed agli internati in isolamento continuo **durante l'esecuzione della sanzione disciplinare** della esclusione dalle attività in comune, pur essendo concesso di continuare ad occupare una camera ordinaria (comma 2) è fatto divieto di comunicare con i compagni (comma 3), potendo perciò essere ulteriormente sanzionati, costituendo la violazione di tale divieto infrazione disciplinare ai sensi dell'art. 77, comma 1, n. 9 Reg. Esec. O.P.

C) che l'isolamento diurno nei confronti dei **condannati all'ergastolo** non esclude l'ammissione degli stessi alle attività lavorative, nonché di istruzione e formazione diverse dai normali corsi scolastici, ed alle funzioni religiose (comma 4).

4.2 - La pur laconica regolamentazione desumibile dalla disposizione di cui all'art. 73 cit. fornisce indicazioni utili ai fini della decisione,

consentendo di pervenire alla conclusione per la quale non possa contemplarsi nei confronti dell'ergastolano in espiazione dell'isolamento diurno il divieto di comunicare con i compagni.

4.2.1 - A favore di tale conclusione milita in primo luogo l'argomento testuale, essendo il divieto di comunicazione con i compagni di detenzione espressamente contemplato per il solo detenuto in isolamento disciplinare, non anche per le ulteriori fattispecie trattate dall'art. 73, rispetto alle quali la norma si diffonde su profili di diversa natura, senza alcun richiamo che possa autorizzare l'estensione del divieto di cui si tratta anche alle categorie di isolati rispetto ai quali esso non è espressamente configurato.

4.2.2 - È anzi proprio l'esercizio ermeneutico ispirato al rispetto dei principi che si sono enunciati al § 3 a dirimere in via definitiva la questione, apparendo la differenziazione della disciplina dell'isolamento evidenza dell'uniformarsi del legislatore ai principi di congruità e di adeguatezza delle concrete modalità di attuazione della potestà punitiva dello Stato alla immancabile funzione rieducativa della pena.

Ed invero, non vi è chi non veda come, l'ipotizzare un'estensione del divieto di comunicazione con i compagni di detenzione per l'ergastolano in isolamento, sia del tutto irragionevole, non potendosi ritenere compatibile con il rammentato principio di finalizzazione delle modalità di esecuzione della pena alla realizzazione della finalità rieducativa, del quale, come si è detto, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (in essi compresi quelli che possano anche soltanto esporre a rischio la salute del detenuto) è diretta ed immancabile scaturigine.

Comprendere tra le modalità esecutive dell'isolamento dell'ergastolano anche il divieto (indiscriminato) di comunicazione con i compagni di detenzione (come contemplato dall'art. 73, comma 3, Reg. Esec. O.P.), significherebbe doverne prevedere la protrazione per un tempo pari quantomeno a sei mesi, nel corso dei quali il soggetto (fermo restando il diritto di intrattenere corrispondenza epistolare, di conferire con il proprio difensore, di avere periodici colloqui visivi con i familiari ecc., di incontrare il ministro del culto, di fruire dei colloqui con gli operatori penitenziari ecc), in aggiunta al divieto di condividere la socialità con i compagni di detenzione, dovrebbe astenersi anche dal comunicare con

essi in qualsiasi altra occasione, così restando incapsulato in una sorta di bozzolo, corrispondente ad una condizione di radicale esclusione, che né la norma in concreto prevede, né l'ordinamento in generale può tollerare, apparendo essa, già alla visione del profano e senza necessità alcuna di compulsare la valutazione di specialisti del settore, quantomeno fattore di serio rischio per la preservazione dell'equilibrio e dell'integrità psichica, del condannato.

Valga a tal fine il considerare il fatto che la protrazione di una simile limitazione per un tempo (quindici giorni) pari a quello di massima durata della sanzione dell'esclusione delle attività in comune, infinitamente inferiore a quello di durata minima della pena dell'isolamento diurno per l'ergastolano (che, peraltro, com'è noto, può protrarsi anche oltre la durata massima editale prevista dall'art. 72 C.P.), non possa *«essere eseguita senza la certificazione scritta, rilasciata dal sanitario, attestante che il soggetto può sopportarla»* (ciò in ossequio al principio generale di cui all'art. 36 O.P., secondo il quale il regime disciplinare *«è adeguato alle condizioni fisiche e psichiche dei soggetti»*).

L'applicazione della drastica e particolarmente afflittiva modalità di esecuzione dell'isolamento che si estrinseca nel divieto di comunicazione con i compagni di detenzione deve perciò necessariamente circoscriversi, nella letterale previsione normativa, ad una fattispecie – quella correlata all'esecuzione della sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune – che non può avere durata superiore a quindici giorni e che nondimeno esige la previa valutazione da parte del sanitario della concreta “sopportabilità” dal punto di vista fisico e psichico di una siffatta sanzione, la quale trova, proprio nel divieto di comunicare con i compagni, il più importante connotato qualificante e distintivo dalla consimile sanzione dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive.

4.2.3 - Un ultimo argomento di ulteriore supporto testuale alla conclusione propugnata discende dalla disposizione di cui all'art. 77, comma 1, n. 9, Reg. Esec. O.P., che tipizza come illecito disciplinare la fraudolenta elusione del divieto di comunicazione, con esclusivo riguardo ai casi indicati nei numeri 2) (isolamento per ragioni disciplinari) e 3) (isolamento per ragioni di cautela processuale) del primo comma dell'art. 33 O.P.. Anche in questa norma, difetta alcun

riferimento alla posizione dell'ergastolano in espiazione della pena dell'isolamento.

In conclusione:

- la diversa *ratio* che, sulla base dei presupposti codificati dall'art. 33 O.P. e dall'art. 72 C.P., giustifica o impone la sottoposizione del detenuto al regime di isolamento, condiziona logicamente le modalità della sua estrinsecazione;
- tali modalità debbono identificarsi sulla base della positiva disciplina normativa (art. 73 Reg. Esec. O.P.) attraverso un procedimento interpretativo fedele all'inderogabile principio della finalità rieducativa della pena e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità;
- l'affermazione della vigenza nei confronti dell'ergastolano in isolamento diurno dell'indiscriminato divieto di comunicazione con i compagni di detenzione, oltrechè sprovvista di una concreta base normativa, conduce ad una modalità di esecuzione della pena contrastante con il principio sopra enunciato.

5. - Il reclamo deve essere perciò accolto con la declaratoria dell'insussistenza di alcun divieto di comunicazione con i compagni di detenzione per il soggetto che, condannato alla pena dell'ergastolo, stia espiano anche quella dell'isolamento diurno, ai sensi dell'art.72 C.P., fermi restando gli ulteriori divieti e le ulteriori limitazioni comprese nel regime di cui si tratta, tra cui, certamente il divieto di "socialità".

P. Q. M.

VISTI gli artt. 72 C.P., 33, 35 e 69 O.P. e gli artt. 73 e 77 Reg. Esec. O.P. ACCOGLIE il reclamo proposto da Z.V. e, per l'effetto, DICHIARA l'insussistenza dell'indiscriminato divieto per lo stesso di comunicare con i compagni di detenzione, disponendo che l'Amministrazione si astenga dall'esigerne l'osservanza.

Si comunichi.

L'Aquila, 22 giugno 2012

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA
(*Alfonso Grimaldi*)

ISOLAMENTO DIURNO DEL CONDANNATO ALL'ERGASTOLO E DIVIETO DI COMUNICAZIONE CON GLI ALTRI DETENUTI

Fabio Fiorentin*

SOMMARIO: 1. Una decisione “costituzionalmente orientata”.- 2. L’isolamento in ambito penitenziario. – 3. L’isolamento diurno come sanzione penale.- 4. L’evoluzione dell’istituto e la sua armonizzazione con il principi costituzionali di umanità e di finalizzazione rieducativa della pena .- 5. La raccomandazione europea in tema di isolamento.- 6. Isolamento diurno e progressione trattamentale: una convivenza possibile?

1. Una decisione “costituzionalmente orientata”.

L’ordinanza del Magistrato di sorveglianza di L’Aquila che si annota ha definito un procedimento di reclamo in tema di disciplina dell’isolamento diurno continuo, applicato al condannato all’ergastolo (art. 72, c.p.) e, in particolare, le modalità di esecuzione di tale peculiare regime. La fattispecie concerne, precisamente, l’isolamento diurno continuo applicato ad un condannato all’ergastolo (già sottoposto, peraltro, al regime speciale di cui all’art. 41-*bis* della legge n. 354/75), e il *focus* della decisione si incentra sul rapporto tra le condizioni detentive in cui si viene concretamente a trovare il detenuto colpito dalla detta sanzione e il canone della umanità dell’esecuzione penale, alla luce del principio per cui la pena deve costituire un veicolo di recupero sociale del reo (art. 27, comma 3, Cost.).

Nel caso di specie, l’Amministrazione penitenziaria aveva applicato la sanzione dell’isolamento diurno continuo prescrivendo all’interessato

* Magistrato di sorveglianza

non soltanto il divieto assoluto di comunicazione con gli altri compagni di detenzione, con l'effetto pratico non solo di escludere il soggetto dai momenti di socialità con gli altri detenuti, ma imponendo, altresì, a quest'ultimo di non comunicare nemmeno con le persone collocate nella medesima area riservata di detenzione, e sostenendo, inoltre, tale prescrizione con la comminatoria di provvedimenti disciplinari (poi effettivamente irrogati in corrispondenza di riscontrate violazioni, da parte dell'interessato, del divieto in parola).

Adito in seguito a reclamo formulato dal detenuto ai sensi degli artt. 14-ter, 35 e 69, L. n. 354/75, il Magistrato di sorveglianza ha preliminarmente inquadrato l'isolamento diurno continuo *ex art. 72, c.p.*, nel *genus* delle sanzioni penali, riconoscendone la natura autonoma e distinta dalle altre tipologie di "isolamento" previste dall'ordinamento: istituti che, pur contraddistinti dal medesimo *nomen juris*, costituiscono invece particolari modalità del trattamento penitenziario o della disciplina carceraria, attivabili dall'autorità penitenziaria o giudiziaria per esigenze preventive (di natura sanitaria, disciplinare o di cautela processuale). La collocazione sistematica dell'isolamento diurno di che trattasi nel novero delle sanzioni penali pone le basi sistematiche per una lettura della disciplina codicistica in chiave evolutiva rispetto all'originaria *ratio* di matrice meramente retribuzionistico-segregativa, consentendone un'applicazione costituzionalmente orientata.

In tale prospettiva ermeneutica, l'estensore osserva che l'elemento decisivo in grado di orientare l'interprete non può che rinvenirsi nel principio fondamentale espresso dall'art. 27, comma 3 della Costituzione e sviluppato dalla elaborazione giurisprudenziale con riguardo ai *controlimiti* che l'esercizio della potestà punitiva dello Stato incontra alla luce della finalizzazione, costituzionalmente prescritta, di ogni pena al recupero sociale del reo.

Il giudice di sorveglianza annette a tale individuato principio i caratteri dell'universalità (nel senso che l'ordinamento penale è tenuto a conformare ogni sua articolazione inclusa, quindi, la fase del trattamento penitenziario inframurario e della determinazione delle modalità esecutive della pena, all'obiettivo della rieducazione dei condannati); e dell'immanenza (del che l'idoneità del contenuto precettivo della

disposizione costituzionale sopra evocata a connotare ogni istituto dell'esecuzione penale e penitenziaria, comunque configurato dal legislatore).

Per le viste caratteristiche, il principio rieducativo che legittima l'esecuzione della pena rappresenta, sul versante della elaborazione interpretativa, il *tertium comparationis* cui si parametra la legittimità delle scelte organizzative e trattamentali operate dell'Amministrazione penitenziaria, e valore sul quale orientare assiologicamente la scelta di fronte alla eventuale pluralità di soluzioni ermeneutiche in astratto praticabili al fine di completare per via interpretativa le sequenze della disciplina non espressamente regolate dal disposto normativo (nel caso che qui occupa, la rilevata lacuna riguarda le modalità esecutive dell'isolamento diurno continuo).

Alla luce di tali coordinate generali, il Magistrato di sorveglianza ha vagliato il tessuto normativo di riferimento considerando, anzitutto, le disposizioni che attengono al profilo esecutivo dell'isolamento diurno (art. 73, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), e che dettano specifiche disposizioni per ciascuna delle diverse tipologie di "isolamento". L'estensore osserva come la norma regolamentare *de qua* impone soltanto per l'isolamento di natura disciplinare il divieto di comunicare con i compagni di detenzione (art. 73, comma 3, D.P.R. 230/2000 cit.), e prescrive solo per quest'ultima ipotesi che l'eventuale inosservanza sia sanzionata sotto il profilo disciplinare, secondo il disposto dell'art. 77, comma 1, n. 9), del medesimo testo regolamentare. Con riferimento all'isolamento diurno nei confronti dei condannati all'ergastolo, il regolamento di esecuzione non esclude, peraltro, l'ammissione degli stessi alle attività lavorative, nonché di istruzione e formazione diverse dai normali corsi scolastici, ed alle funzioni religiose (art. 73, comma 4). Il tenore letterale delle disposizioni evocate, lette in un'ottica strettamente perimetrata dall'aderenza alla dizione letterale, considerata l'immediata incidenza delle medesime su diritti fondamentali dell'individuo, porta il giudice aquilano a ritenere esclusa, sulla base del tenore letterale delle disposizioni regolamentari prese in esame, la possibilità di imporre nei confronti dell'ergastolano in espiazione dell'isolamento diurno il divieto di comunicare con i compagni di detenzione, al di fuori

della c.d. “socialità”, attesa la natura eccezionale del divieto stesso e la circostanza che quest’ultimo sia espressamente stabilito soltanto per l’isolamento di natura disciplinare. Una lettura estensiva di una siffatta restrizione non potrebbe ammettersi – osserva il Magistrato di sorveglianza - proprio in forza della doverosa lettura costituzionalmente orientata della richiamata normativa penitenziaria, che proprio in tale differenziata disciplina delle diverse ipotesi di “isolamento” trova coerenza in relazione alla funzione rieducativa della pena e al divieto di trattamenti inumani o degradanti ad essa strettamente correlato.

A opinare diversamente – chiosa l’estensore – si ammetterebbe la possibilità che il detenuto possa restare, per un lungo periodo di detenzione come “incapsulato in una sorta di bozzolo, corrispondente ad una condizione di radicale esclusione, che né la norma in concreto prevede, né l’ordinamento in generale può tollerare”, anche per le conseguenze deteriori che una tale situazione, se protratta, può indurre sull’equilibrio fisiopsichico di chi vi è sottoposto.¹

La conclusione cui perviene il Magistrato di sorveglianza è, dunque, quella di circoscrivere l’applicazione del divieto di comunicazione con i compagni di detenzione alla sola tipologia di isolamento di natura disciplinare per la quale essa è espressamente prevista dall’ordinamento penitenziario, e che si configura, comunque, anche nella materia disciplinare, quale prescrizione di natura eccezionale e circondata da particolari cautele applicative (quali la stringente limitazione di durata massima e la valutazione medica circa la “sopportabilità” da parte del detenuto nei cui confronti è irrogata).²

Parimenti significativa appare, del resto, al giudice la previsione quale illecito disciplinare della elusione del divieto di comunicazione introdotta unicamente in relazione ai casi indicati nei numeri 2)

¹ Osserva, in proposito, l’estensore che l’ordinamento penitenziario prevede che l’isolamento disciplinare non possa estendersi cronologicamente per oltre quindici giorni; che tale sanzione non possa «essere eseguita senza la certificazione scritta, rilasciata dal sanitario, attestante che il soggetto può sopportarla» (art. 77, D.P.R. n. 230/2000), e che il regime segregativo deve comunque essere «*adeguato alle condizioni fisiche e psichiche dei soggetti*» (art. 36, L. n. 354/75).

² Lo stesso legislatore, nel codice penale, con riguardo all’isolamento diurno, ha ben considerato la maggiore portata affittiva della detenzione con isolamento continuo rispetto alla pena della reclusione “semplice”, tanto da prevederne una durata massima di soli tre anni (un decimo del massimo previsto per la reclusione).

(isolamento per ragioni disciplinari) e 3), (isolamento per ragioni di cautela processuale) del primo comma dell'art. 33, L. n. 354/75 (v. art. 77, d.p.r. n. 230/2000).

Ragioni di natura sistematica e interpretazione costituzionalmente orientata convergono, in definitiva, nella prospettiva ermeneutica seguita dalla decisione in rassegna, a configurare l'isolamento diurno quale sanzione penale che non contempla l'indiscriminato divieto di comunicazione da parte dell'ergastolano con gli altri compagni di detenzione.

2. L'isolamento in ambito penitenziario.

La tematica dell'isolamento dei detenuti è particolarmente delicata, poiché la separazione coattiva di un recluso dalla comunità dei ristretti segna un momento di incisiva sospensione del regime penitenziario ordinario (che prevede la possibilità della vita in comune dei detenuti), e pone un serio pregiudizio all'attuazione delle finalità del trattamento rieducativo, la cui possibile efficacia risente inevitabilmente delle concrete condizioni di detenzione dei soggetti nei cui confronti esso si indirizza.³

Evidentemente consapevole di tali delicati profili, il legislatore ha dedicato un articolo della legge di ordinamento penitenziario (art. 33, L. 26.7.1975, n. 354) alla disciplina dei casi tassativi⁴ nei quali può procedersi all'isolamento di persone detenute.

L'isolamento è, invero, ammesso:

1) quando è prescritto per ragioni sanitarie: in particolare, l'art. 73, D.P.R. n. 230/2000 prevede che la misura sia disposta su prescrizione del medico dell'istituto in caso di malattia contagiosa.

³ Il dibattito sulla portata del principio codificato dall'art. 27, comma 3 della Costituzione è antico quasi quanto la Carta stessa: cfr. L. Bettiol, *Il mito della rieducazione*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, 995; G. Vassalli, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Questa Rivista*, 1982, 457.

⁴ L'opinione accolta dalla prevalente dottrina ammette il carattere tassativo dei casi di isolamento. Peraltro, anche la lettera dell'art. 73, comma 8, D.P.R. n. 230/2000, pare offrire un ulteriore argomento in favore dell'eccezionalità delle fattispecie in cui può essere disposto l'isolamento. La natura tassativa delle ipotesi di isolamento totale del detenuto consente di ritenere sottratto a tale possibilità l'istituto della sorveglianza particolare di cui agli artt. 14-bis e ss., L. n. 354/75.

Secondo unanime dottrina, la misura ha natura amministrativa, con le conseguenti ricadute applicative in tema di competenza giudiziaria ai fini di un'eventuale impugnabilità;

2) per motivi disciplinari (esecuzione della sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune): la legge prevede, per tale ipotesi, particolari cautele per l'esecuzione della sanzione e la sospensione di questa in casi particolari (art. 39, L. n. 354/75);⁵

3) per ragioni di giustizia: viene in particolare rilievo la figura della persona sottoposta a misura cautelare personale. In tale caso, la legge processuale impone tuttavia che l'isolamento sia disposto espressamente dall'autorità giudiziaria che dispone la misura, e che tale condizione restrittiva sia finalizzata alle esigenze cautelari del caso concreto (es. inquinamento delle prove). E' senz'altro doveroso che il provvedimento dell'autorità giudiziaria contenga espressamente tutte le indicazioni in tema di modalità, limiti e durata dell'isolamento. In difetto, la direzione dell'istituto potrà richiedere al giudice l'integrazione del provvedimento (art. 22, commi 5 e 6, D.P.R. n. 230/2000).⁶

Alle sopra citate ipotesi devono, inoltre, aggiungersi:

4) l'isolamento previsto dagli artt. 72 e 184, c.p., che prevedono l'isolamento diurno del condannato all'ergastolo quale sanzione accessoria e aggravante della pena dell'ergastolo⁷: tale sanzione accessoria non si è sottratta a dubbi di costituzionalità, alla luce della disposizione dell'art. 27 comma 3 Cost., a mente della quale la finalità rieducativa (frustrata dalla sottoposizione all'isolamento

⁵ Cfr. nota 1.

⁶ Invero l'art. 33, L. n. 354/75 stabilisce la possibilità dell'isolamento anche per gli arrestati nel procedimento di prevenzione, di cui alla L. n. 1423/56; tuttavia, la successiva L. n. 327/88, modificando l'art. 6 della L. 1423/56 cit., ha fatto venire meno la facoltà dell'arresto nell'ambito del procedimento di prevenzione, come (così M. Canepa – S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2006, 159). Per ragioni di completezza si richiama, inoltre, l'ipotesi dell'isolamento diurno cui potrebbe essere sottoposto il detenuto in regime speciale ai sensi dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. a), L. n. 354/75. In dottrina, cfr. sul profilo M. Canepa – S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., loc. cit.

⁷ Il testo dell'art. 72, c.p., è il seguente: "Al colpevole di più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo, si applica la detta pena con l'isolamento diurno da sei mesi a tre anni. Nel caso di concorso di un delitto che importa la pena dell'ergastolo con uno o più delitti che importano pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni, si applica la pena dell'ergastolo con l'isolamento diurno per un periodo di tempo da due a diciotto mesi. L'ergastolano condannato all'isolamento diurno partecipa all'attività lavorativa." In tema di isolamento diurno cfr. Cass. Sez. I, 14 aprile 1993, n.780, Asero, *CED Cass.*

diurno) dovrebbe prevalere sulle esigenze retributive (appagate dall'applicazione al condannato all'ergastolo di modalità di espiazione della pena particolarmente afflittive);⁸

5) l'isolamento con funzioni di protezione del detenuto, per sottrarre il recluso ad aggressioni da parte degli altri compagni di detenzione: è da ritenersi che, stante la tassatività delle ipotesi di isolamento contemplate dall'ordinamento, sia ipotizzabile soltanto una forma di isolamento attuata con il consenso dell'interessato potenziale vittima di atti aggressivi da parte di altri reclusi (c.d. *isolamento volontario*).⁹

Problematica appare la compatibilità del regime dell'isolamento continuo con la permanenza dei diritti fondamentali attribuiti alla persona detenuta. Invero, le limitazioni alle facoltà del detenuto soggetto all'isolamento non sono precisate dal legislatore, che ha – di fatto – rilasciato una sorta di delega “in bianco” ai regolamenti dei singoli istituti penitenziari (con evidenti possibilità di arbitrii e disuguaglianze tra diversi istituti).

3. L'isolamento diurno come sanzione penale

La decisione in rassegna si inserisce nel solco di un'elaborazione giurisprudenziale particolarmente feconda, che ha precisato i contorni dell'isolamento diurno continuo previsto dall'art. 72, c.p., nei termini di una sanzione penale vera e propria (per quanto qualitativamente diversa dalla reclusione),¹⁰ disposta quando l'imputato sia condannato, oltre che per il delitto per il quale è previsto l'ergastolo, anche per uno o più delitti che importano una pena detentiva temporanea per un

⁸ Le questioni di costituzionalità della disposizione di cui all'art. 72, c.p. sono state, peraltro, sempre respinte dalla Consulta (v. *infra nel testo*), la quale ha però sollecitato – con l'arresto n. 115/64, il legislatore a modulare l'esecuzione dell'isolamento in termini compatibili con il principio della finalizzazione rieducativa della pena. Evidentemente influenzato dal dibattito sulla compatibilità costituzionale dell'isolamento diurno dei condannati all'ergastolo, il legislatore del regolamento di esecuzione ha previsto esplicitamente alcune deroghe al regime di isolamento (art.73, comma 4, D.P.R. n. 230/2000). In dottrina, su tali profili, cfr. G.M. Napoli, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, Milano 2012,135.

⁹ In linea di principio, è possibile affermare che sia illegittima la compressione di diritti o facoltà che non sia funzionale alla tutela degli scopi per i quali è stabilito, nel singolo caso, l'isolamento.

¹⁰ Su tale profilo espressamente v. Cass. Sez. I, 2 marzo 2010, n. 18119, Cuccuru, *CED Cass.*

tempo superiore ad anni cinque¹¹ (da intendere con riferimento alla pena applicabile in astratto, non a quella applicata in concreto)¹² e ben distinta, sul piano ontologico, dalle altre tipologie di “isolamento” che costituiscono mere modalità tratta mentali o di disciplina carceraria.¹³ L’isolamento diurno assume, in altri termini, nel sistema penale, funzione di istituto residuale di chiusura, attivata per sanzionare i delitti concorrenti con quello per cui viene inflitto l’ergastolo: fatti-reato che altrimenti rimarrebbero sostanzialmente impuniti, in quanto la pena per essi prevista (perpetua o temporanea) non sarebbe concretamente applicabile.¹⁴

L’istituto ha natura autonoma rispetto all’ergastolo, non potendosi configurare quale sanzione ad esso accessoria, poiché configurata dall’ordinamento quale pena per un reato diverso da quello punito con l’ergastolo;¹⁵ essa si configura, altresì, quale sanzione principale, non potendosi assimilare agli effetti penali della condanna, essendo questi ultimi definibili quali conseguenze sanzionatorie automatiche, la cui operatività è subordinata alla commissione del fatto-reato cui si applica la pena principale, e insuscettibili di considerazione autonoma da quest’ultima.

Un tale approdo sistematico non ha valore meramente teoretico, né risponde soltanto a esigenze classificatorie, ma dispiega effetti di non secondaria importanza anche sul piano delle conseguenze applicative. Tra queste, si denota, sul versante dell’esecuzione penale, la possibilità di procedere allo “scioglimento del cumulo” di pene relative ai c.d. “delitti

¹¹ Nel caso si tratti di condanne sopravvenute, si opererà un corrispondente aumento della sanzione dell’isolamento diurno: Cass. Sez. I, 14 gennaio 2009, n. 4420, P.M. in proc. Antonuccio, *CED Cass.* In tale contesto l’isolamento diurno deve essere classificato tra le sanzioni penali con caratteristiche di temporaneità, cui si applica il principio, analogo a quello del calcolo delle pene concorrenti, secondo cui il limite massimo previsto dalla legge, se non può essere superato nella formazione del cumulo, non può, però, individuare un “tetto” insuperabile, qualora durante l’esecuzione del provvedimento di cumulo o successivamente ad esso il soggetto commetta un nuovo reato per cui riporti condanna alla quale consegua un ulteriore periodo di isolamento diurno: Cass. Sez. I, 2 dicembre 2008, n. 1044, Rotolo, *CED Cass.*

¹² Cass. Sez. V, 21 febbraio 2011, n. 14485, La Rosa e altri, *CED Cass.*

¹³ Cfr. *ex plurimis*, Cass. Sez. I, 21 marzo 2000, n. 2116, Natoli, *CED Cass.*; Cass. Sez. I, 5 dicembre 2000, n. 4381, Riina, *CED Cass.*; Cass. Sez. I, 27 febbraio 2007, n. 16400, Stilo, *CED Cass.*

¹⁴ Cass. Sez. I, 2 dicembre 2008, n. 1044, Rotolo, *CED Cass.* In dottrina, cfr. sul punto M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, Milano 1995, 696.

¹⁵ Il carattere di autonomia della sanzione dell’isolamento diurno rispetto alla pena dell’ergastolo consente di ritenere applicabile alla prima l’istituto della prescrizione (artt. 172, 173, c.p.).

ostativi” ai fini della concessione di benefici penitenziari al condannato in espiazione dell’ergastolo e di pena detentiva temporanea inflitta per reato ostativo, tradottasi, per la concorrenza con la pena perpetua, in applicazione dell’isolamento diurno, che sia stato interamente eseguito¹⁶ sulla base del parametro di cui all’art. 184, c.p.¹⁷

Ancora sul piano esecutivo, attesa la radicale differenza tra l’istituto dell’isolamento diurno quale sanzione penale e l’isolamento cautelare disposto per ragioni processuali o di sicurezza, è stata esclusa la possibilità di riconoscere la fungibilità, ai sensi dell’art. 657, c.p.p., tra il periodo di custodia cautelare trascorso in regime di grandissima sorveglianza e la durata dell’isolamento diurno inflitto con la sentenza di condanna definitiva all’ergastolano.¹⁸ Su conclusioni del tutto simmetriche si attesta il consolidato indirizzo di legittimità con riferimento ai rapporti tra l’isolamento in esame e la sospensione delle regole ordinarie del trattamento prevista dall’art. 41-*bis*, L. n. 354/75.¹⁹

Nel panorama giurisprudenziale sopra delineato, il dato innovativo della decisione in rassegna è quello di avere valorizzato fino in fondo le ricadute della collocazione sistematica assegnata all’isolamento continuo di cui all’art. 72, c.p., attribuendo al medesimo quella (stessa) valenza rieducativa che l’ordinamento costituzionale assegna alla (ad ogni topologia di) pena.

Un profilo di dubbio sulla ricostruzione operata dal Magistrato di

¹⁶ Cass. Sez. I, 2 marzo 2010, n. 18119, Cuccuru, *cit.*

¹⁷ Secondo tale disposizione, quando la pena dell’ergastolo è per qualsiasi causa estinta, la pena detentiva temporanea inflitta per il reato concorrente è eseguita per intero, salvo che il condannato abbia già subito l’isolamento diurno applicato a norma del secondo comma dell’art. 72, c.p., in tal caso la pena per il reato concorrente dovendo considerarsi ridotta alla metà.

¹⁸ Cass. Sez. I, 18 settembre 2008, n. 38647, Mezzasalma, *CED Cass.*

¹⁹ Cass. Sez. I, 18 gennaio 2007, n. 3679, Campanella, *CED Cass.* Va precisato che il principio di fungibilità è applicabile, in linea di principio, anche alla sanzione penale dell’isolamento diurno, ma alla condizione - prevista all’art. 657, comma 4, c.p.p.) - che il nuovo reato sia stato commesso antecedentemente alla sanzione espia senza titolo: Cass. Sez. I, 5 dicembre 2000, n. 4381, Riina, *cit.* In dottrina, G.M. Napoli, *Il regime penitenziario, op. cit.*, 138, considera “non omogenei” i risultati cui è pervenuta, sul piano applicativo, l’elaborazione giurisprudenziale, in relazione alla possibilità di considerare fungibili con l’isolamento diurno *ex art.* 72, c.p., i periodi detentivi trascorsi dal detenuto in regimi detentivi speciali (regime di massima sicurezza, sorveglianza particolare, “carcere duro” di cui all’art. 41-*bis*, L. n. 354/75). Per una rassegna giurisprudenziale in tema di (denegata) fungibilità dell’isolamento diurno con il regime speciale del “41-*bis*” cfr. anche G.C. Zappa – C. Massetti, *Codice penitenziario della sorveglianza*, CELT, Piacenza, 2010.

sorveglianza abruzzese potrebbe – sotto tale profilo - essere avanzato alla luce della considerazione che l'isolamento è stato previsto dal legislatore per scopi eminentemente retributivi, al fine, di attribuire, cioè, una effettività punitiva alle condanne relative a pene temporanee che si aggiungano alla condanna all'ergastolo e che – stante il carattere di perpetuità (originariamente) rivestito da quest'ultima pena – non avrebbero altrimenti trovato effettiva esecuzione.²⁰

Non sembra, tuttavia, che tali dubbi abbiano serio fondamento. Anzitutto, per la necessità di un'interpretazione adeguata ai principi fondamentali, giacché non può essere dimenticato che è soltanto la prospettiva della possibilità di fruire, in termini ragionevoli, della liberazione condizionale e delle misure alternative, che rende la pena perpetua costituzionalmente accettabile,²¹ e non contraria ai principi di matrice europea.²²

Venuta meno la connotazione dell'ergastolo quale pena perpetua, occorre correlativamente riconsiderare anche la funzione dell'isolamento diurno, che sembra avere perduto la sua connotazione esclusivamente retributiva, priva ormai di ragionevole giustificazione se intesa nel senso di un divieto assoluto di ogni tipo di comunicazione.

Tale evoluzione dell'istituto sotto l'aspetto teleologico implica, allora, la praticabilità giuridica della lettura costituzionalmente orientata abbracciata dal Magistrato di sorveglianza aquilano, volta a ricomprendere la sanzione dell'isolamento diurno entro l'area di effusione del principio rieducativo inciso nell'art. 27, comma 3, della Carta fondamentale, con la conseguente, rigorosa delimitazione del suo contenuto meramente affittivo e potenzialmente pregiudizievole degli aspetti connessi al recupero sociale del condannato, che devono considerarsi prevalenti.

Del pari rassicurante sembra essere la riconosciuta natura onnicomprensiva della previsione costituzionale sopra evocata,

²⁰ E' questa, per pacifico orientamento, la *ratio* sottesa all'introduzione dell'isolamento diurno nel sistema sanzionatorio penale: *ex multis*, cfr. Cass. Sez. I, 2 dicembre 2008, n. 1044, Rotolo, *cit.*

²¹ Si tratta di un consolidato asserto della giurisprudenza costituzionale (*ex multis*, cfr. Corte cost. n. 161 del 1997, anche per un esaustivo richiamo ai precedenti arresti).

²² CEDU, sez. II, *Garagin/Italia*, 29 aprile 2008; CEDU, Grande Chambre, *Kafkaris/Cipro*, 12 febbraio 2008.

che agevolmente viene riferita – per unanime opinione – ad ogni tipo di pena detentiva, senza che possa operarsi alcun distinguo per particolari tipologie sanzionatorie (operazione che avrebbe, oltretutto, effetti deteriori per una tipologia di condannati, quali gli ergastolani, già oggettivamente svantaggiati con riferimento alle *chances* di risocializzazione).

Del resto, l'effetto rieducativo, indicato come finalità preminente (sebbene non esclusiva) della pena dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, dipende soprattutto dal suo regime di esecuzione,²³ così che spetta all'interprete, chiamato a fare concreta applicazione della normativa che disciplina l'esecuzione penale e penitenziaria, adottare una lettura delle disposizioni coerente con tale imprescindibile obiettivo.

4. L'evoluzione dell'istituto e la sua armonizzazione con i principi costituzionali di umanità e di finalizzazione rieducativa della pena.

La disciplina dell'isolamento penitenziario ha conosciuto una costante evoluzione in senso costituzionale, che tuttavia, mentre si è sviluppata in modo evidente sul versante delle modalità esecutiva della detta sanzione, non ha toccato formalmente il dettato normativo dell'art. 72, c.p.

In seguito alla sentenza costituzionale n. 115/64 (su cui v. *infra*), la Consulta, pur “salvando” l'istituto (così evitando il *vulnus* che si sarebbe verificato sotto il profilo sanzionatorio in relazione all'esecuzione delle pene corrispondenti ai reati commessi dal condannato all'ergastolo, puniti con pena temporanea), aveva posto l'accento sull'esigenza che il sistema penale evolvesse verso un trattamento penale maggiormente conforme « ai criteri di umanità affermati dalla nostra Costituzione ». Con l'introduzione della legge di ordinamento penitenziario del 1975 e della profonda riforma portata dalla “legge Gozzini” del 1986 nonché - da ultimo - con il regolamento di esecuzione del 2000, l'istituto dell'isolamento diurno ha perso una parte importante della dimensione affittiva che ne connotava il profilo applicativo, configurandosi non più

²³ Così espressamente Corte cost., sent. 11 febbraio 1971, n. 22, richiamata da Corte cost., sent. 7 maggio 1975, n. 119, entrambe reperibili sul sito della Consulta: <http://www.cortecostituzionale.it>.

in termini di separazione assoluta del detenuto dalla vita penitenziaria, bensì lasciando spazio a momenti di contatto del detenuto con altri soggetti, istituzionali e privati, con i quali liberamente comunicare. Infatti, rimane intatto, pur in costanza di “isolamento”, il diritto del detenuto di comunicare mediante gli ordinari colloqui, visivi, epistolari e telefonici (artt. 18, L. n. 354/75 e 37-39, D.P.R. n. 230/2000), così come ammessi sono i contatti con il difensore, gli assistenti volontari ed i ministri di culto (artt. 17.26, 78, L. n. 354/75). La condizione di isolamento del ristretto è, inoltre, mitigata dalla possibilità di mantenere il libero accesso ai *media* (quotidiani, periodici, televisione).

Il legislatore, con il nuovo regolamento di esecuzione della legge di ordinamento penitenziario, ha, inoltre, ulteriormente inciso nel senso auspicato dall’arresto costituzionale del 1964, stabilendo che l’esecuzione dell’isolamento diurno dei condannati all’ergastolo non precluda la partecipazione ad attività lavorative, di istruzione o di formazione, e la partecipazione alle funzioni religiose (art. 73, D.P.R. n. 230/2000).²⁴

E’, peraltro, di tutta evidenza la limitata efficacia di una tale previsione ad assicurare la piena rispondenza delle modalità esecutive dell’isolamento diurno ai canoni di umanità e rieducazione del condannato, anche per la ragione che finisce per delegare all’Amministrazione penitenziaria l’incombenza della organizzazione e gestione dell’offerta trattamentale in termini qualitativi e quantitativi tali da assicurare il rispetto dei sopra indicati principi costituzionali anche nei confronti dei detenuti sottoposti ad isolamento diurno continuo, con gli intuibili pericoli insiti in una tale opzione relativamente alla parità di condizioni tra tutti i soggetti ristretti, che appare ancora troppo marcatamente subordinata alle esigenze organizzative dell’Amministrazione, ai criteri di assegnazione dei detenuti ai diversi istituti penitenziari, alle condizioni particolari del singolo istituto di pena.

La giurisprudenza ha svolto un’importante opera di adattamento dell’istituto previsto dall’art. 72, c.p., al principio codificato dall’art.

²⁴ G.M. Napoli, *Il regime penitenziario, cit., loc.cit.*, ricorda che nella prassi penitenziaria la partecipazione dell’ergastolano sottoposto ad isolamento diurno ai corsi di formazione ed alle attività di istruzione è assicurata tramite periodici contatti con i docenti e con i volontari.

27, comma 3, della Carta fondamentale: un cammino che si è fatto via via più spedito in corrispondenza dell'evoluzione della normativa di esecuzione penale, della migliorata consapevolezza da parte degli operatori della valenza immediatamente precettiva del sopra richiamato canone costituzionale, e del progressivo recepimento nell'ordinamento interno dei principi promananti dalle fonti pattizie di matrice europea. Un illuminante esempio di tale elaborazione adattatrice è dato dalla decisione con la quale si è ritenuta l'incompatibilità ontologica tra l'applicazione dell'isolamento diurno e i benefici penitenziari esterni al carcere proprio alla luce del principio di rieducazione del reo, nel caso di un condannato all'ergastolo, già militante delle Brigate Rosse, il quale era stato ammesso al lavoro all'esterno del carcere ed aveva ottenuto, in base alla legge di ordinamento penitenziario, la riduzione della pena per liberazione anticipata. Il detenuto, nella fattispecie, aveva concretamente avviato quel processo individuale di reinserimento sociale che dovrebbe costituire una delle finalità immanenti alla pena detentiva, così che la sanzione dell'isolamento diurno, consistendo in un inasprimento delle condizioni detentive che impone di trascorrere la parte principale della giornata all'interno dell'istituto penitenziario, avrebbe, nel caso concreto, comportato la cessazione del regime di lavoro esterno, con evidenti effetti desocializzanti in palese contrasto con il trattamento penitenziario garantito al detenuto dal lavoro esterno.²⁵ Nella medesima ottica di progressiva armonizzazione dell'istituto di cui all'art. 72, c.p., con i principi costituzionali in tema di umanità dell'esecuzione penale e di finalizzazione della medesima alla rieducazione dei condannati, si pone altro arresto di merito, che ammette la possibilità di applicare l'istituto del differimento della pena di cui all'art. 147, c.p., all'isolamento diurno.²⁶

²⁵ Cfr. Prima Corte di Assise di Roma, ord. 14 maggio 2001, Padula, <http://www.diritto.it>. Nel caso di specie, la Corte, ispirandosi all'indicazione di una tale possibilità offerta dalla pronuncia costituzionale resa con ordinanza 7-11 giugno 1999, n. 237, ha ritenuto già espiato per fungibilità il periodo triennale di isolamento diurno che avrebbe dovuto applicarsi all'interessato.

²⁶ Corte Assise di Palermo, ord. 22 gennaio 2007, inedita. Ammette tale possibilità G.M. Napoli, *Il regime penitenziario, op.cit.*, 136, il quale segnala, altresì, la possibilità che il magistrato di sorveglianza faccia applicazione dell'istituto di cui all'art. 148, c.p., qualora al condannato all'ergastolo con isolamento diurno sopravvenga, nel corso dell'esecuzione della pena, un'infermità psichica.

5. La raccomandazione europea in tema di isolamento.

Il Rapporto annuale del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), pubblicato nel novembre del 2011, contiene una espressa richiesta agli Stati per la riduzione al minimo delle forme di isolamento dei detenuti. Tale misura, osserva l'organismo europeo, dovrebbe essere limitata ai casi in cui ricorrano circostanze eccezionali e, sempre per il minor tempo possibile, rispettando i presupposti di legge.²⁷ Nel rapporto si legge anche che l'isolamento ha effetti "estremamente dannosi per la salute psichica, somatica e per il benessere sociale dei detenuti, e tali effetti possono aumentare proporzionalmente al prolungamento della misura e alla sua durata indeterminata",²⁸ costituendo, tra l'altro, un fattore incentivante del fenomeno dei suicidi in carcere.

Le linee guida elaborate dal CPT raccomandano che l'isolamento non possa mai conseguire ad una sentenza di condanna e, in tal senso, si pongono in rapporto di chiara incompatibilità con l'istituto di diritto interno di cui all'art. 72, c.p. Le indicazioni europee si richiamano ad un indirizzo espresso fin dal rapporto del 2000, in cui si era già considerato l'isolamento un trattamento inumano e degradante («*la mise à l'isolement peut constituer un traitement inhumain et dégradant*») da utilizzarsi per il minor tempo possibile («*la durée la plus courte possible*»). Il CPT, inoltre, nel rapporto del 1992, osservava che "toute forme d'isolement sans stimulation mentale et physique appropriée est de nature à provoquer à long terme des effets dommageables se traduisant par des altérations des facultés sociales et mentales." ed invitava a monitorare costantemente lo stato psichico del detenuto sottoposto ad isolamento.²⁹

Nell'arresto Arboreo/Francia, peraltro, la Corte EDU ha ritenuto non contrastante con l'art. 3 CEDU la misura del'isolamento applicata

²⁷ La Relazione, pubblicata il 10.11.2011, è reperibile, con nota di S. Ravezzi, su <http://www.dirittopenalecontemporaneo>.

²⁸ Il CPT ritiene che l'isolamento non dovrebbe mai superare la durata di 14 giorni. Sugli effetti deleteri dell'isolamento sulla persona che vi è sottoposta, cfr. M. Canepa – S. Merlo, *op.cit.*, 158.

²⁹ Costanti verifiche sanitarie sono, per vero, previste dall'ordinamento interno con riferimento alla esecuzione della sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune (art. 39, L. n. 354/75).

al ricorrente anche per la ragione che non si era trattato, nella fattispecie, di un isolamento totale: il detenuto, “a pu recevoir des visites de ses avocats et de membres de sa famille. Il avait en outre des contacts avec le personnel pénitentiaire, avait conservé son droit à la correspondance, ainsi que de disposer de journaux et d’une radio ou d’une télévision.”

La giurisprudenza della Corte EDU considera, inoltre, ammissibile la misura dell’isolamento qualora si renda necessaria in ragione della pericolosità sociale del detenuto,³⁰ indicazione che può rappresentare un’utile parametro interpretativo per il giudice comune nel momento dell’applicazione degli istituti di diritto interno che tuttora contemplano dei casi di isolamento diurno dei detenuti.³¹

6. Isolamento diurno e progressione trattamentale: una convivenza possibile?

La giurisprudenza costituzionale – con il ricordato arresto n. 115 del 1964 – ha affermato non contrastante con il senso di umanità l’isolamento diurno continuo applicato nei confronti del condannato all’ergastolo, alla luce della funzione cui esso adempie nel sistema sanzionatorio penale.³² A tale approdo la Consulta è pervenuta osservando che il codice penale vigente, art. 72, ha configurato l’isolamento diurno come sanzione per i delitti commessi in concorso con quello punito con l’ergastolo, dacché per questi ultimi la relativa pena (ergastolo o pena detentiva temporanea) non sarebbe applicabile, in quanto la condanna con la quale essi concorrono già importa l’esecuzione di una pena perpetua, così segnando << un netto distacco rispetto alla corrispondente misura del Codice del 1889 >>.

Inoltre, l’art. 72, c.p., stabilisce un termine di durata massima

³⁰ Cfr. CEDU, *Alboreo/Francia* (caso nr. 51019/08, sez. V del 20 ottobre 2011), richiamata da S. Ravezzi, cit. alla nota 23, reperibile su <http://www.echr.coe.int>.

³¹ Per una recente applicazione dei principi evocati nel testo da parte del giudice interno, v. Tribunale di Sorveglianza di Bologna, ordinanza del 27.09.2011, imp. G., con nota di R. Grippo, “*Illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*”), su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³² Corte cost., 22 dicembre 1964, n. 115 su <http://www.cortecostituzionale.it>.

dell'isolamento e consente che il detenuto che vi è sottoposto sia ammesso ad attività lavorativa, in seguito alle modificazioni apportate dall'art. 2 della legge 25 novembre 1962, n. 1634.

Infine, ha osservato la Corte, il sistema non prevede (più) che l'ergastolo abbia natura perpetua, poiché la persona che vi è condannata può essere ammessa alla liberazione condizionale.

La dottrina ha colto gli echi profondi della pronuncia costituzionale, osservando che il contrasto con i principi fondamentali non si ha tanto con la previsione dell'isolamento in se considerato, quanto in relazione alle concrete modalità con le quali esso è applicato al condannato, qualora non consentano al detenuto la partecipazione ad alcuna offerta del trattamento rieducativo, né alcuno stimolo alla sua collaborazione.³³ In una tale prospettiva si è mossa – come si è visto – anche l'elaborazione della giurisprudenza, che ha inserito nel DNA dell'isolamento diurno continuo disciplinato dal Codice Rocco quelle “mutazioni genetiche” necessarie ad assicurarne la compatibilità con i principi costituzionali e, in ultima analisi, per garantirne la sopravvivenza nell'ordinamento democratico.

La sensazione che rimanda la riflessione sull'istituto dell'isolamento disciplinato dall'art. 72, c.p., è quella di una materia in corso di assestamento, il cui profilo è continuamente modificato ora dall'intervento del legislatore; ora, e più spesso, dalla rimodulazione del contenuto normativo operata dalla elaborazione pretoria, che tuttavia stenta a trovare un auspicato consolidamento nei risultati applicativi cui perviene anche per la ragione che si trova ad operare in una “terra di frontiera” del diritto penale dove è sempre incerto il confine tra le esigenze retributive e preventive, e la finalità di rieducazione indirizzate al recupero sociale del reo; e dove si intersecano, non sempre armonicamente, il diritto sopranazionale di matrice europea e l'ordinamento penale interno, lasciando l'interprete di fronte a scelte ermeneutiche che devono trovare il necessario equilibrio tra il richiamo al rispetto dei valori sociali e morali cristallizzati nelle fonti normative

³³ Così E. Fassone, *riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della pena “costituzionale”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, 824.

interne e le istanze assiologiche promananti dalle Autorità e dalle Corti nazionali ed europee, che si esprimono con sempre più efficace capacità di penetrazione negli ordinamenti degli Stati.

Di fronte al disorientamento che può assalire chi si propone di rintracciare un *fil rouge* che conduca ad approdi interpretativi coerenti con l'esigenza di contemperamento dei valori in gioco, può allora valere il saldo riferimento alle parole che la Corte costituzionale, nella chiusa della già evocata sentenza n. 115/64, consegna alla comune riflessione con una sfumatura davvero profetica: << Appare evidente pertanto, da questa ed altre recenti disposizioni (eliminazione del limite dei tre anni per l'ammissibilità dell'ergastolano al lavoro all'aperto, possibilità della liberazione condizionale anche per il condannato all'ergastolo, ecc.), che le leggi penali vanno ispirandosi sempre più ai criteri di umanità riaffermati dalla nostra Costituzione. È una viva esigenza della coscienza sociale che un tale indirizzo, nel quadro di una efficiente difesa sociale contro il delitto, trovi sempre più civili e illuminate applicazioni.>>³⁴

All'interprete contemporaneo, a quasi cinquant'anni da quell'importante arresto, sembra consentito proseguire nella strada indicata dalla Consulta, per approdare a più ampi ed appaganti risultati interpretativi della disciplina in tema di isolamento diurno continuo (e non solo), alla luce della sempre più profonda effusione su ogni aspetto della disciplina dell'esecuzione penale del principio rieducativo e umanitario, per effetto non solo dall'evoluzione del diritto interno come interpretato dalle corti nazionali, ma anche della graduale armonizzazione del diritto degli Stati nella comune prospettiva dell'Unione europea.

³⁴ Nella medesima ottica si colloca anche il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità. La Suprema Corte ha, invero, dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 72, c.p. - in relazione agli artt. 17 e 22 stesso codice - per contrasto con gli articoli 27 comma terzo e 31 comma secondo della Costituzione, laddove si prevede l'irrogazione della pena dell'ergastolo a soggetti "quasi minorenni" (cioè di età compresa tra il diciottesimo ed il ventunesimo anno), atteso che il "giovane adulto" rientra comunque tra i soggetti i quali hanno raggiunto la maggiore età, che rappresenta il limite oltre il quale il soggetto consegue tutti i diritti e tutti i doveri e le responsabilità connesse con l'età adulta. Nella motivazione, la Corte ha osservato che << ormai l'ergastolo, a seguito della entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, ha cessato di essere concretamente una pena perpetua e pertanto non può dirsi contrario al senso di umanità od ostativo alla rieducazione del condannato.>> (Cass. Sez. I, 18 gennaio 2006, n. 7337, Ouahid, *CED Cass.*

NUOVI INTERVENTI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO A TUTELA DELLA SALUTE DELLE PERSONE DETENUTE

(Corte eur. dir. uomo 7 febbraio 2012, Cara-Damiani, n. 2447/05 e Corte eur. dir. uomo 17 luglio 2012, Scoppola n. 650050/09)

LAURA CESARIS*

1. La Corte europea dei diritti dell'uomo nello spazio di pochi mesi torna a occuparsi del problema della tutela della salute delle persone detenute con riferimento alla situazione di due cittadini italiani, che già in passato si erano rivolti alla Corte lamentando che a causa delle patologie da cui erano affetti la detenzione avesse concretato una violazione dell'art. 3 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti indicata come Cedu).

Si tratta dei ricorsi presentati da Cara-Damiani e da Scoppola decisi rispettivamente con sentenza 7 febbraio 2012 e 17 luglio 2012.

Il primo ricorrente già nel 1997 aveva presentato un ricorso ritenuto irricevibile¹ perché già al momento dell'incarcerazione nel 1992² egli presentava problemi di deambulazione, non imputabili dunque alla stato detentivo ed era stato sottoposto ad accertamenti diagnostici e a trattamenti fisioterapici. I giudici di Strasburgo, pur deplorando talune scelte dell'amministrazione penitenziaria (quali il divieto di usare l'ascensore richiesto dal ricorrente) o le disfunzioni del servizio sanitario, non avevano ritenuto che fossero state tali da portare ad un sindacato sulla eventuale violazione dell'art. 3 Cedu. Quanto a Scoppola, la Corte aveva già valutato la detenzione sofferta nel carcere di Roma di *Regina Coeli*, ritenendo integrata la violazione dell'art. 3³. Le due decisioni citate presentano molti punti di contatto, giacché in primo luogo si riferiscono a persone definite dalla Corte anziane,

* Università di Pavia

1 Cfr. Corte eur. dir. uomo 28 marzo 2000, Cara-Damiani c. Italia, n. 35985/97

2 Nicola Cara-Damiani era stato condannato all'esito di due distinti processi a una lunga pena detentiva (con fine pena determinato al 2016) per omicidio e traffico d'armi con la ex Jugoslavia.

3 Cfr. Corte eur. dir. uomo 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia n. 1, n. 50550/06

affette da varie patologie e portatrici di deficit motorio, e prendono poi in considerazione la detenzione sofferta nell'istituto di Parma, in particolare nella apposita sezione per disabili. Si tratta inoltre di sentenze che condannano lo Stato italiano con riconoscimento del danno morale subito dai ricorrenti, limitandosi a riaffermare principi da tempo sostenuti dalla Corte in materia.

Con la decisione del 7 febbraio 2012, come si è anticipato, i giudici di Strasburgo riprendono in esame la situazione del ricorrente Cara-Damiani circoscrivendola al periodo dal giugno 2004 al 2010, quando è stata concessa la detenzione domiciliare, e comunque suddividendola ancora per altri periodi (dal giugno 2004 al dicembre 2005, dal dicembre 2005 al marzo 2008, dal marzo 2008 al settembre 2010, e dal settembre 2010 al 23 novembre 2010). Il ricorrente era stato trasferito, a causa proprio della patologia da cui era affetto, nella casa di reclusione di Parma dotata di una sezione per handicappati, ma in realtà era stato assegnato, in ragione dei gravi delitti commessi, ad una sezione ordinaria in un circuito di alta sicurezza, dove aveva beneficiato di trattamenti fisioterapici per un brevissimo periodo perché, a causa di tagli ai fondi destinati alla sanità, erano stati sospesi tali trattamenti. Il ricorrente lamenta dunque di non aver potuto fruire delle terapie di cui avrebbe avuto bisogno per impedire l'aggravarsi della malattia (paraparesi flaccida agli arti inferiori, con lieve paresi della metà inferiore del corpo), e di non essere stato sottoposto ai necessari accertamenti medici. In realtà, come peraltro rileva la stessa Corte, il ricorrente era stato trasferito in un altro carcere –su sua richiesta– numerose volte per seguire corsi universitari e per periodi tali da rendere impossibile l'effettuazione di esami diagnostici molto importanti (par.12) e di visite specialistiche (par.13).

Le condizioni di salute del ricorrente già gravi si erano aggravate per il sopravvenire di un'altra patologia che aveva richiesto un intervento chirurgico, tanto che la perizia disposta dal Tribunale di sorveglianza di Bologna aveva concluso per l'incompatibilità delle condizioni di salute con la detenzione (18 agosto 2006). Nel 2008 (il 18 marzo), sulla base delle perizie e della documentazione raccolta, venne concessa la detenzione domiciliare, prorogata poi fino al 30 settembre 2010 per

consentire l'effettuazione di altri interventi chirurgici (resi necessari da complicanze varie) nonché la sottoposizione a terapia riabilitativa.

Il 1° ottobre 2010 il ricorrente venne ricondotto in carcere avendo il Tribunale di sorveglianza di Bologna ritenuto che le terapie riabilitative avrebbero potuto essere effettuate anche in regime detentivo. Immediatamente venne presentata dal ricorrente istanza di sospensione dell'esecuzione della pena e in alternativa di detenzione domiciliare, motivata dall'assegnazione ad una sezione ordinaria in regime di alta sicurezza e dall'impossibilità di sottoporsi a terapie. La relazione dei sanitari della casa di reclusione di Parma confermava l'incompatibilità con la detenzione delle condizioni di salute del ricorrente a causa soprattutto del fatto che egli, costretto a muoversi su una sedia a rotelle, o con stampelle, e ad usare l'ascensore, fosse stato assegnato ad una sezione ordinaria e non a quella speciale per handicappati. Il 23 novembre 2010 il Tribunale di sorveglianza di Bologna concedeva la detenzione domiciliare definendo incompatibili le condizioni di salute in considerazione della mancanza di posti nella sezione per handicappati e della impossibilità per il condannato di fruire di prestazioni assistenziali adeguate. Elementi, questi, che, secondo i giudici bolognesi, comportavano violazione dell'art.32 Cost. e avrebbero potuto dare luogo anche ad una condanna da parte della Corte europea alla luce dei principi affermati in altre decisioni riguardanti lo Stato italiano⁴.

La ricostruzione delle vicende detentive, scandita temporalmente in quattro periodi, costituisce la premessa indispensabile per meglio inquadrare la situazione del soggetto sotto il profilo delle condizioni di salute e delle risposte alle esigenze manifestate e quindi per accertare la violazione dell'art. 3 Cedu.

È forse utile ricordare che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, a differenza della Costituzione italiana, non riserva una previsione espressa al diritto alla salute, la cui tutela viene ricavata dall'art. 2 dedicato al diritto alla vita o dall'art. 8, che salvaguardia

⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte eur. dir.uomo 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia n.1, n. 50550/06.

la “vita privata”: nozione, questa, assai ampia, nella cui sfera viene ricondotto il diritto alla integrità psicofisica della persona. Tale diritto viene riconosciuto anche alle persone detenute, che continuano a godere dei diritti loro attribuiti in quanto cittadini, seppur con le limitazioni conseguenti alla privazione di libertà⁵. Secondo l’interpretazione della Corte europea ricadono nella sfera di protezione dell’art. 8 condizioni di detenzione senza dubbio pregiudizievoli della salute⁶ ma non così gravi da integrare pene o trattamenti inumani e degradanti vietati dall’art. 3 Cedu⁷.

Il problema che ne deriva è quello allora dell’individuazione della “soglia minima di gravità”, che funge da spartiacque tra il principio espresso nell’art. 3 e quello dell’art. 8, il quale si pone come sussidiario rispetto all’altra norma. In realtà non è agevole determinare tale soglia, il cui «apprezzamento è relativo per definizione»⁸, dato che va verificata in concreto in relazione al singolo caso sulla base di elementi oggettivi (quali i caratteri della condotta, la durata della stessa, l’intensità delle sofferenze causate) e di elementi soggettivi (età della vittima, sesso, presenza di disturbi fisici o psichici, ripercussioni su tali disturbi). La tendenza pare, tuttavia, quella di estendere alle doglianze relative alla violazione dell’integrità psicofisica la tutela offerta dall’art. 3 come ad esempio (per restare in un ambito più vicino a quello che qui interessa) nelle ipotesi relative a condizioni della detenzione: si è ravvisata violazione di tale norma nell’ambiente insalubre o nelle dimensioni delle celle⁹.

La formulazione dell’art. 3 Cedu così scarna («nessuno può essere

⁵ Per una singolare interpretazione secondo cui il godimento dei diritti fondamentali da parte di detenuti è garantito «in ossequio al principio di tolleranza che caratterizza le società democratiche» cfr. TOMASI, *Sub art. 8*, in BARTOLE- DE SENA- ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, 358.

⁶ Cfr. ad es. Corte eur. dir.uomo 16 dicembre 1997, Raninen c. Finlandia, 152/1996/771/972 par. 63

⁷ Cfr. Corte eur. dir.uomo 26 ottobre 2000, G.C. Kudla c. Polonia, 30210/96, par.90 ss.; Ead.16 maggio 2002, D.C. c. Irlanda, 39474/98, par.105; Ead. 26 novembre 2011, Dolenc c. Croazia, n.25282/06, par. 128, 167.

⁸ Cfr. Corte eur. dir. uomo 6 aprile 2000, Labita c. Italia n. 26772/95

⁹ Cfr. ad es. Corte eur. dir. uomo 16 luglio 2009 Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03; Ead. 12 giugno 2008 Vlassov c. Russia, 78146/01, § 84; Ead. 21 giugno 2007 Kantyrev c. Russia, n. 37213/02, §§ 50-51; Ead. 29 marzo 2007 Frolov c. Russia, n. 205/02, §§ 47-49; Ead. 4giugno 2006 Siasios e altri c. Grecia, n.30303/07; Ead.16 giugno 2005 Labzov c. Russie, no 62208/00, § 44.

sottoposto») ha nel tempo consentito alla Corte una interpretazione ampia, specie mediante il ricorso alla tecnica *par ricochet*¹⁰, ovvero alla tecnica che permette di «valutare la conformità alla Convenzione anche di istituti o di pratiche che non rientravano direttamente nel campo di applicazione» della Convenzione stessa, così da colmare talune lacune soprattutto in relazione alle condizioni della detenzione, che erano considerate al di fuori del diritto convenzionale¹¹. La Convenzione europea, infatti, non contiene alcuna norma specifica relativa al trattamento dei detenuti, ai quali ciò non ostante sono state estese le garanzie riconosciute nella Convenzione stessa¹². Così dunque si è più volte affermato che condizioni detentive che comportino un danno o un pregiudizio alla salute possono integrare una pena disumana e degradante¹³.

Senza soffermarci sull'interpretazione data dalla Corte alla formulazione dell'art. 3¹⁴ ma concentrando l'attenzione su taluni profili che rilevano ai fini del tema della salute, ci si limiterà a sottolineare come sullo Stato non solo gravi l'obbligo di astenersi dal porre in essere condotte che integrano tortura o trattamenti inumani e degradanti ma ricadano altresì obblighi in positivo diretti a prevenire violazioni dell'art. 3, tra cui quello di garantire l'integrità fisica dei detenuti, apprestando un'assistenza medica adeguata, verificando costantemente le condizioni di salute ed evitando l'eventuale aggravamento di tali condizioni. Obblighi che ricadono nella specie, *in primis* sull'amministrazione penitenziaria e sugli operatori carcerari tutti, non essendo «ammissibili atteggiamenti ed omissioni in grado di pregiudicare ulteriormente la naturale, afflittiva,

10 Vedi sul punto SUDRE, *Article 3*, in *La Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Pettiti-Decaux-Imbert, Paris, 1995, p.161 ss.

11 Cfr. A. ESPOSITO, sub art. 3, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p.55.

12 Cfr. Comm. eur.dir. uomo 8 marzo 1962, I. Kohl c. Germania, n.1270/61, in cui si è affermato che la detenzione «ne .. prive cependant point de la garantie des droits et libertés définis dans la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales».

13 Cfr. Comm. eur. dir. uomo 17 dicembre 1981, Chartier c. Italia, 9044/80; Ead. 2 marzo 1998, Venetucci c. Italia, n. 33830/96.

14 La tripartizione tortura/trattamenti inumani/trattamenti degradanti (peraltro inserita nella bipartizione pene/trattamenti) è stata oggetto di un ampio dibattito volto a definire le singole categorie. V. per tutti A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, Giappichelli, 2008, 222.

condizione carceraria»¹⁵.

La rilevanza della tutela della salute nel contesto carcerario è confermata anche dal fatto che a tale tematica è dedicato uno specifico spazio nelle Regole minime per il trattamento dei detenuti, sia in quelle approvate dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1955 sia in quelle adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. La versione del 2006 (Racc. 2006/2) riserva una intera parte (la terza) alla salute, raccomandando alle «autorità penitenziarie» di «tutelare la salute di tutti i detenuti di cui hanno la custodia» e confermando la pariteticità tra le prestazioni offerte ai detenuti e quelle offerte ai cittadini liberi (art. 40). Non solo, sono oggetto di alcune previsioni i «doveri del medico», tra i quali spicca quello di «controllare lo stato di salute fisica e mentale dei detenuti», di «visitare nelle condizioni e con le frequenze previste dalle norme ospedaliere i detenuti malati, coloro che denunciano di essere malati o feriti nonché tutti quelli che richiamano in particolare la sua attenzione » (art. 43). Di salute mentale si occupa poi l'art. 47, che richiama l'attenzione sul problema del suicidio, raccomandando di mettere in atto provvedimenti utili a prevenire tale fenomeno.

Un'ulteriore conferma dell'importanza attribuita al diritto alla salute nel contesto carcerario viene dalla emanazione ad opera del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa di talune Raccomandazioni, tra cui va ricordata quella in tema di Aids in carcere (Racc. 1993/6) o quella relativa alle condizioni di salute (Racc. 1995/1257) o ancora quella adottata dall'Assemblea parlamentare, in cui si ribadisce il diritto ad avere contatti con un medico in qualunque momento del giorno e della notte (artt. 1 e 4) e di avere cure specialistiche. Si ribadisce altresì il principio della equivalenza delle cure prestate in ambiente libero e in carcere (art.10). E per quanto concerne le persone affette da *handicap* o che si trovino in situazioni di incompatibilità con la detenzione gli artt. 50 e 51 dettano alcune linee guida, tra cui quella di apportare modifiche strutturali per facilitare le attività e la permanenza in carcere.

Un ruolo importante, anzi si potrebbe dire essenziale, riveste il Comitato per la prevenzione della tortura, che opera un controllo sul

15 Cfr. MUSSIO, *Condizioni di salute e stato detentivo*, in *Foro ambr.* 2006, p.232

livello di attuazione di quanto raccomandato nella Convenzione per la prevenzione della tortura, nelle Regole europee e nella Cedu: i risultati di tale monitoraggio sono trasfusi nei Rapporti annuali, che delineano un quadro sempre aggiornato della situazione carceraria con particolare attenzione alla sanità. E le linee guida elaborate dal Comitato per la prevenzione della tortura hanno acquisito una valenza sempre più rilevante tanto da essere assunti dalla Corte europea come parametro per verificare eventuali violazioni della Cedu e in particolare proprio dell'art. 3¹⁶.

Secondo tale prassi invalsa ormai da tempo, la Corte richiama nella sentenza *Cara-Damiani* le osservazioni del Comitato per la prevenzione della tortura formulate in relazione all'istituto di Parma, seppur nel 2004, che evidenziavano carenze allarmanti nel settore della sanità causate da consistenti tagli ai relativi finanziamenti a fronte di un aumento costante della popolazione detenuta. Con la conseguenza di uno scarto significativo tra il livello di cure assicurato ai cittadini liberi e quello invece fornito ai detenuti. Elemento, questo, che la Corte aveva già adottato in altre decisioni (peraltro richiamate espressamente secondo consuetudine¹⁷) quale parametro di valutazione, evidenziando che il livello delle cure e dell'assistenza fornita ai reclusi deve essere comparabile con quello fornito ai cittadini liberi. Il che, precisa subito la Corte, non significa che debba essere garantito il medesimo livello, ma che si debbano sempre verificare le necessità della persona malata nella prospettiva non solo e non tanto di tutelarne la salute quanto di assicurarne il benessere.

Contrariamente dunque a quanto sostenuto nella opinione concorrente¹⁸, che di fatto è contraria, non si afferma il principio di piena eguaglianza tra il servizio sanitario esterno e quello in carcere, ma –come già si è

16 Cfr. ad es. Corte eur. dir. uomo 15 luglio 2002 *Kalashnikof c. Russia*, n. 47095/99; Ead.16 luglio 2009 *Sulejmanovic c. Italia*, cit.

17 Si tratta di Corte eur. dir. uomo 26 ottobre 2000, *G.C.Kudla c. Polonia*, 30210/96, par.94 e Corte eur. dir. uomo 11 luglio 2006, *Rivière c. France*, n. 33834/03, par.62

18 L'opinione sottoscritta dai giudici Jočiene, Berro-Lefèvre e Karakaş condivide le conclusioni cui giunge la Corte, ma esprime dissenso in merito alla formulazione del par. 66, nel quale appunto si riafferma il principio della comparabilità delle prestazioni erogate ai cittadini liberi con quelle erogate ai cittadini reclusi, sostenendo che il principio generale espresso comporterebbe un obbligo per lo Stato che va ben al di là di quelli elaborati dalla giurisprudenza della stessa Corte.

accennato– la necessità della adeguatezza delle terapie in relazione alla patologia e alle condizioni di salute della persona detenuta. Sulla base dell’art. 3 Cost. non sono ammesse in realtà discriminazioni in ragione della detenzione, anche se si deve tener conto delle esigenze connesse alla detenzione.

La decisione non presenta elementi innovativi giacché la Corte si limita –come già si è accennato- a riprendere principi da tempo affermati e via via meglio precisati: sulla base di questi principi viene riconosciuta la violazione dell’art. 3 Cedu

Quel che forse nell’argomentare della Corte può suscitare interesse è che non si rimprovera allo Stato italiano l’assenza di istituti o di strumenti a tutela della salute: viene richiamato nel paragrafo dedicato al “diritto interno rilevante” l’art.147 c.p., che disciplina il differimento facoltativo della pena, e viene citata la detenzione domiciliare quale soluzione adottata dai giudici italiani, senza alcuna valutazione in ordine alla idoneità di tale misura rispetto al caso concreto esaminato. L’attenzione della Corte sembra invece rivolta alle condizioni di detenzione delle persone malate, che devono essere tali da tutelare la salute, e alla qualità della assistenza prestata in relazione alla patologia e alle condizioni del detenuto per verificarne la compatibilità con il permanere della detenzione.

Questo è il tema sottoposto al vaglio della Corte, la quale riassume con estrema sintesi la situazione detentiva del ricorrente da un lato e, dall’altro, il livello delle prestazioni sanitarie fornite, evidenziando che il trasferimento al carcere di Parma in una sezione ordinaria non risolse affatto i problemi del ricorrente, anzi li aggravò, e che la sezione per handicappati, dove fu poi ammesso, in realtà funzionava male con un numero insufficiente di posti e soprattutto con carenze organizzative di non poco conto a causa degli stanziamenti inadeguati.

Per quel che concerne il profilo della adeguatezza delle terapie la valutazione è basata sulla relazione dei medici penitenziari, secondo i quali era impossibile fornire in carcere i trattamenti fisioterapici di cui il ricorrente necessitava, come è poi stato confermato da Tribunale di sorveglianza di Bologna, che ha concesso la detenzione domiciliare proprio al fine di consentire lo svolgimento delle terapie e dei trattamenti

consigliati dai medici specialisti. Sono proprio le relazioni mediche, che denunciavano sistematicamente l'inadeguatezza della condizione detentiva, il dato che avrebbe dovuto portare al trasferimento del soggetto in un istituto penitenziario che realmente rispondesse alle esigenze o alla sospensione della esecuzione della pena. Si noti che nell'interpretazione della Corte l'art. 3 non comporta un generico obbligo a carico dello Stato di scarcerare i detenuti malati, ma tale obbligo si concreta quando venga accertata l'assoluta incompatibilità delle condizioni di salute¹⁹.

La Corte dunque non pare muovere critiche alla legislazione italiana vigente, ma sembra censurare l'operato delle diverse istituzioni coinvolte ritenuto insufficiente e inidoneo ad offrire tutela al soggetto.

2. Quanto al ricorso presentato da Scoppola, affetto da varie patologie²⁰, le doglianze riguardano le condizioni detentive nella sezione specializzata per handicappati del carcere di Parma, dove era stato trasferito nel 2007, risultata non idonea a fornire l'assistenza di cui necessitava e la lentezza del servizio sanitario nel reperire un centro medico specializzato. La situazione clinica posta alla base di una richiesta di sospensione dell'esecuzione di pena o di detenzione domiciliare venne esaminata dal tribunale di sorveglianza di Bologna, che sollecitò ripetutamente le autorità competenti a trovare una struttura sanitaria presso la quale collocare il ricorrente. Il 10 dicembre 2009 venne presentato il ricorso alla Corte europea e l'11 dicembre con sollecitudine sorprendente la presidente della seconda sezione della Corte sollecitò il Governo italiano a trasferire il ricorrente²¹. Il 24 dicembre 2009 il magistrato di sorveglianza adottò un provvedimento d'urgenza ordinando il ricovero nell'ospedale civile di Parma, che venne rifiutato dallo Scoppola con la motivazione della inidoneità di tale struttura ospedaliera. Il 7 gennaio 2010 a seguito di provvedimento del tribunale di sorveglianza di

¹⁹ Cfr. Corte eur. dir. uomo 20 gennaio 2009 Slawomir Musial c. Polonia, n. 28300/06

²⁰ Si fa riferimento nella pronuncia a problemi circolatori, diabete, patologie metaboliche, ipertrofia prostatica, depressione

²¹ Il provvedimento venne adottato ai sensi dell'art. 39 del regolamento della Corte, e venne revocato il 20 gennaio 2010 in considerazione degli sviluppi positivi della vicenda.

Bologna di sospensione dell'esecuzione della pena *ex art. 147 c.p* nelle forme della detenzione domiciliare (art.47-*ter* comma 1-*ter* ord.penit.), lo Scoppola venne ricoverato nell'ospedale civile di Parma e il giorno successivo in una casa di cura convenzionata con il servizio sanitario nazionale, dove i medici escludono l'opportunità dell'intervento chirurgico e consigliarono invece trattamenti fisioterapici di rafforzamento muscolare per migliorare la posizione da seduto. Il che fu reso possibile con la concessione della detenzione domiciliare presso l'ospedale di Fidenza, prorogata il 13 gennaio 2011 e successivamente il 22 dicembre 2011 ancora per un altro anno.

Prima di esaminare la vicenda e la decisione nel merito, si deve osservare che la Corte dedica poche battute alla eccezione presentata dal Governo italiano di irricevibilità del ricorso, fondata, da un lato sul fatto, che la Corte nella decisione Scoppola n.1²² avesse rinunciato a valutare le condizioni detentive nel carcere di Parma e, dall'altro, che il ricorrente non potesse essere considerato "vittima di violazione" avendo lo Stato italiano posto in essere tutte le iniziative utili a offrire tutela al soggetto. Al riguardo la Corte evidenzia come oggetto della decisione Scoppola n. 1 siano state le condizioni detentive e la mancanza di trattamenti sanitari adeguati nell'istituto di *Regina Coeli* a Roma, mentre l'oggetto del ricorso in esame sia costituito da fatti del tutto nuovi e successivi a quelli esaminati nella sentenza citata. Quanto poi alla qualità di vittima la verifica è strettamente connessa alla valutazione delle questioni sottoposte al vaglio della Corte.

Al di là dunque del profilo procedurale che appare mal fondato, quasi pretestuoso, non si può non rilevare che il ricorso è basato essenzialmente sulla lentezza del servizio sanitario a offrire soluzioni alternative alla detenzione nella sezione per disabili del carcere di Parma, o più esattamente a reperire strutture in grado di garantire i trattamenti terapeutici necessari.

Anche in questa decisione non vi è nulla di nuovo: vengono ripresi principi affermati da tempo ed anzi a ben vedere la motivazione è ancor più contenuta di quella relativa al caso Cara-Damiani, limitandosi la

22 Corte eur. dir. uomo 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia n. 1, cit.

Corte a evidenziare il lungo lasso temporale intercorso tra la decisione del Tribunale di sorveglianza di Bologna (4 agosto 2009) e quella di sospensione dell'esecuzione di pena (7 gennaio 2010). Oggettiva è la eccessiva lunghezza del periodo utilizzato per reperire una struttura idonea anche se non si possono ignorare le difficoltà connesse alla individuazione di una struttura che rispondesse alle esigenze cliniche del ricorrente, tenuto conto della complessità delle patologie riscontrate e della pericolosità del soggetto. Elemento, quest'ultimo, cui non si fa cenno se non fuggevolmente nelle argomentazioni del Governo italiano, là dove si ricorda che l'infermità da cui era affetto il ricorrente non gli aveva impedito di uccidere la moglie e di ferire gravemente uno dei figli²³.

La Corte non attribuisce rilievo all'atteggiamento non collaborativo del ricorrente, che lo porta a rifiutare il ricovero nell'ospedale civile di Parma con la motivazione della non idoneità e della provvisorietà di questa soluzione: la quale, tuttavia, forse avrebbe potuto costituire una "alternativa", ancorché temporanea, come del resto suggeriva lo stesso tribunale di sorveglianza, e avrebbe potuto facilitare l'individuazione di una struttura rispondente alle esigenze del soggetto, così come poi è avvenuto, fornendo indicazioni utili e, nell'immediato, trattamenti di sostegno più mirati di quelli disponibili in carcere e un ambiente meno opprimente. Un atteggiamento più collaborativo da parte dello Scoppola avrebbe forse contribuito ad una soluzione più rapida.

Allo stesso modo che nella sentenza Cara-Damiani non si muovono censure relative all'assenza nella legislazione italiana di istituti o di strumenti a tutela della salute. Nessun rimprovero viene mosso all'operato della magistratura di sorveglianza, che con provvedimenti reiterati anche d'urgenza ha cercato di tutelare la salute del ricorrente sollecitando le autorità competenti, e in specie il servizio sanitario

²³ Il ricorrente, imputato dei delitti di omicidio aggravato, tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia e porto d'arma abusivo, all'esito del rito abbreviato era stato condannato alla pena di trenta anni e, a seguito dell'appello della procura generale, all'ergastolo, confermato in cassazione. Non rileva in questa sede la decisione di Corte eur. dir. uomo 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, n. 10249/03 relativa alla violazione del proprio diritto a un processo equo e del principio di legalità di cui, rispettivamente, agli articoli 6 e 7 Cedu.

nazionale, a provvedere.

Ma quel che forse maggiormente colpisce della decisione in esame è che i giudici di Strasburgo giungono a ritenere violato l'art. 3 Cedu per il protrarsi della detenzione nella casa di reclusione di Parma, che avrebbe causato sentimenti costanti di angoscia tali da integrare trattamenti disumani e degradanti. Non solo, ma quantunque chiamati a valutare la situazione determinatasi nel carcere di Parma, non hanno ignorato la precedente condanna intervenuta a carico dello Stato italiano sempre per violazione dell'art. 3 in ragione di condizioni detentive ritenute incompatibili con i principi espressi nella Cedu. Benché la Corte non faccia esplicito riferimento alla azione volta a seguire i casi sottoposti al suo esame e a verificare se lo Stato abbia provveduto a rimuovere le cause della violazione, certo è che la precedente condanna ha avuto un certo peso, come era forse inevitabile. Se è pur vero che la valutazione operata dalla Corte europea è sempre riferita al caso concreto, è altrettanto vero che i "precedenti" giocano sfavorevolmente specie se riferiti alla stessa persona.

Non viene addebitato un intento persecutorio o un atteggiamento volto ad umiliare il detenuto quanto piuttosto una serie di omissioni o di mancati interventi, che hanno reso la detenzione non adeguata alla situazione del soggetto, determinando dunque l'incompatibilità delle condizioni di salute con lo stato detentivo e suscitando nel soggetto sentimenti costanti d'angoscia tali da costituire un trattamento inumano e degradante.

3. La Corte nelle due sentenze in esame non distingue fra responsabilità dell'amministrazione penitenziaria e responsabilità delle Asl competenti: non era tenuta a farlo, ma non si può non rilevare che l'attribuzione al servizio sanitario nazionale della relativa assistenza nell'ambito penitenziario, in realtà, presenta aspetti fortemente critici, non essendo stato ancora completato il passaggio del personale e delle strutture in egual modo sul territorio nazionale con evidenti ripercussioni negative sia sotto il profilo delle prestazioni sanitarie fornite sia sotto il profilo della qualità e dei tempi di tali prestazioni.

Si tratta di una vicenda che prende avvio nel 1978 quando viene emanata

la l. 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale che estendeva ad “ogni persona umana” l’assistenza sanitaria, e quindi anche ai detenuti, richiamando l’attenzione sul sistema sanitario penitenziario, sulla sua autonomia e sulle sue peculiarità. Solo venti anni dopo con l. 30 novembre 1999, n. 419 si è cercato di razionalizzare il sistema provvedendo anche in ordine al sistema sanitario penitenziario con l’emanazione di uno specifico d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230 diretto a promuovere il passaggio dall’assistenza sanitaria penitenziaria al servizio sanitario nazionale, cui venivano attribuiti risorse e personale sanitario. Ma il già lungo *iter* veniva segnato da altre tappe quali il d.p.c.m. 1° aprile 2008 contenente «modalità e criteri per il trasferimento al sistema sanitario delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria») senza che sia stata raggiunto l’obiettivo.

Al di là degli interrogativi sulle ragioni della inerzia che hanno caratterizzato l’estensione del servizio sanitario nazionale al settore penitenziario, alcuni dati segnano ancor più negativamente questo *iter*, cioè le differenti scelte organizzative che mutano da regione a regione e la confusione di ruoli e funzioni che determinano forti disparità di trattamento in relazione ai servizi prestati e al loro livello.

Certo le inadempienze delle regioni non attenuano la responsabilità della amministrazione penitenziaria, giacché la Corte, secondo un orientamento consolidato, ribadisce che mantenere in detenzione per lungo tempo una persona handicappata, che non riesce a muoversi autonomamente, costituisce una violazione dell’art. 3 Cedu²⁴. Così come non viene attenuata tale responsabilità dai trasferimenti in altri istituti chiesti ed ottenuti da Cara-Damiani, che pure hanno comportato la cancellazione di accertamenti medici e diagnostici, di analisi, di visite. Tali trasferimenti non hanno fatto venir meno, infatti, lo stato detentivo e conseguentemente il dovere dello Stato di vigilare sulle condizioni di salute del ricorrente e di provvedervi.

Se tale conclusione è certamente fondata, tuttavia, non tiene in alcun

²⁴ Cfr. ad es. Corte eur. dir. uomo 5 aprile 2001, Priebke c. Italia, n. 48799/99; Ead. 7 giugno 2001, Papon c. Francia, n. 64666/01; Ead. 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia, n. 50550/06

conto le difficoltà di carattere pratico cui peraltro va incontro qualunque cittadino nella fruizione delle prestazioni sanitarie erogate dal servizio nazionale con attese talora di molti mesi. Certo non si può ignorare che la persona detenuta soffre oltre alla limitazione di libertà anche quella di “dipendere” da altri nella fruizione delle prestazioni sanitarie non potendo scegliere modalità, forme e tempi.

Un ulteriore aspetto delle decisioni merita di essere sottolineato, quello concernente il risarcimento del danno riconosciuto ai due ricorrenti ai sensi dell’art.41 Cedu, secondo cui in caso di accertata violazione della Cedu o dei suoi Protocolli e «se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda se del caso un’equa soddisfazione alla parte lesa». Nei due casi in esame la Corte ha ritenuto che un danno morale sia stato subito dai ricorrenti e che l’accertamento dell’illecito non rappresenti una misura sufficiente a riparare i pregiudizi derivati dalla violazione: in particolare, lo si ricorda, si è integrata almeno nei confronti di Scoppola una situazione di angoscia tale da costituire un trattamento inumano e degradante. La Corte non motiva sul punto, avvalendosi dell’ampio potere discrezionale attribuitole dall’art. 41 cit., così come non motiva sul punto della determinazione del *quantum* concesso, fissato *en équité* (secondo equità). In realtà viene riconosciuta la stessa somma indicata dal ricorrente, mentre nel caso di Cara-Damiani, a fronte della richiesta di 200.000 euro a titolo di danni morali, ma da utilizzarsi secondo il ricorrente per sostenere le spese di trattamenti riabilitativi, viene concessa una somma nettamente inferiore, 10.000 euro²⁵. Una spia del diverso trattamento può forse ricavarsi dalle espressioni usate dalla stessa Corte: nel caso di Scoppola si parla di «*tort moral*», espressione più forte di quella usata nell’altro caso, «*prejudice moral*».

A fronte anche di questo aspetto di monetizzazione del danno subito, che potrebbe costituire un problema ulteriore per lo Stato italiano, giacché ove non provveda all’adempimento nei tre mesi successivi

²⁵ È opportuno precisare che i risarcimenti concessi sono in genere modesti (poche migliaia di euro) anche in presenza di violazioni dell’art. 3 o dell’art.2 Cedu, cioè di quelle più gravi.

alla assunzione del carattere definitivo della decisione, verranno conteggiati anche gli interessi secondo il tasso indicato dalla stessa Corte²⁶, le decisioni in esame rappresentano un ulteriore stimolo per una riflessione sulle scelte adottate, sulla idoneità e sulla adeguatezza dei servizi e delle prestazioni nell'ambito sanitario, proprio per evitare che un bene costituzionalmente garantito finisca con il ricevere tutela differenziata sul territorio in ragione di una spesso casuale assegnazione ad un istituto penitenziario piuttosto che ad un altro. Certo si potrebbe obiettare che la diversità di prestazioni connota purtroppo l'assistenza sanitaria proprio perché affidata alle regioni che dimostrano sul punto sensibilità e organizzazione diverse. Quel che dovrebbe essere evitato è che alle disparità deprecabili che segnano l'assistenza per il cittadino libero si aggiungano anche le difficoltà organizzative e di risorse che caratterizzano il sistema penitenziario.

La soluzione non può certo essere rappresentata da un risarcimento anche se modesto.

²⁶ Si tratta del tasso di sconto della Banca centrale europea, aumentato di tre punti percentuali, applicato qualunque sia lo Stato condannato.

INDICE GENERALE

Riportiamo un elenco dei contributi pubblicati sulla Rassegna dal numero 1 del 2010 al numero 3 del 2012. Gli articoli sono raggruppati per argomento e indicati in ordine alfabetico con il numero della rivista e l'anno di riferimento.

A

AFFETTIVITA' E CARCERE

- Affettività e carcere. Studio qualitativo sulla popolazione in regime di detenzione presso la Casa Circondariale "Cavadonna" di Siracusa. S. Milazzo, B. Zammiti 2 2012

B

BAMBINI NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI

- I bambini di età inferiore ai tre anni ospitati negli istituti penitenziari femminili con le madri detenute. Il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria. S. Monetini 3 2012

BANCA DATI NAZIONALE DEL DNA

- Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario. Profili tecnici
A. Maludrotto, M. Cangiano 2 2011

C

COLLOQUI DETENUTI

- L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati. F. Picozzi 1 2010
- Ordinanza del 17 giugno 2009. Magistrato di sorveglianza di Vercelli.
F. Falzone 1 2010
- L'autorizzazione ai colloqui durante le indagini preliminari: natura del provvedimento e autorità competente.
F. Picozzi 1 2011

CONTRASTO AL CRIMINE GLOBALIZZATO

- La decadenza degli Stati nazionali, il contrasto al crimine globalizzato e il superamento del sistema di esecuzione indiretta della pena. A. Centonze 1 2010

CORRISPONDENZA TELEFONICA

- Contrasti interpretativi in materia di corrispondenza telefonica dei detenuti con i figli minori di dieci anni. Commento a Cass., Sez. 6, Sentenza n. 32569 del 2010. F. Picozzi 3 2011

D

DELITTI ASSOCIATIVI E CRIMINALITA' ORGANIZZATA

- Delitti associativi e criminalità organizzata. I contributi della teoria dell'organizzazione. S. Aleo 3 2012

DETENUTI "GIOVANI ADULTI"

- Un'indagine conoscitiva sui detenuti "giovani adulti". G. Giardina 3 2010

DICHIARAZIONE O ELEZIONE DI DOMICILIO DEL CONDANNATO

- L'indicazione obbligatoria del domicilio da parte del condannato non detenuto: le sezioni unite si allineano alla rigorosa scelta del legislatore.
C. Santinelli 1 2011

DIRITTI DEI DETENUTI

- La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte Costituzionale. A. Marcheselli 3 2010
- La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale: è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti? F. Falzone 3 2010

DISTURBI MENTALI ATIPICI

- L'inquadramento dei disturbi mentali atipici, la capacità giuridica penale e l'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato. A. Centonze 3 2011

F**FORZA IRRESISTIBILE**

- La cosiddetta forza irresistibile nelle pieghe della volontà colpevole
F. S. Fortuna 1 2010

G**GARANTE NAZIONALE DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTA' PERSONALE**

- Il garante nazionale delle persone private della libertà personale
G. Fanci 2 2012

GIUDIZIO DI RIESAME

- La decisione del giudizio di riesame
C. Santoriello 2 2011

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

- Giurisprudenza internazionale
L. Cesaris 1 2011
- Primi effetti della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Sulejmanovic contro Italia (Commento a Magistrato di Sorveglianza di Cuneo – dec. 11 gennaio 2010). L. Cesaris 2 2011
- Nuovi interventi della corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute. L. Cesaris 3 2012

GIUSTIZIA PENALE

- Giustizia penale nella Toscana del Seicento. Il processo a un ebreo
G. Di Gennaro 2 2010

I**IMMIGRAZIONE CLANDESTINA**

- Il reato di immigrazione clandestina. E. Lanza 2 2010

IMPUTABILITA' PENALE

- Imputabilità penale e cromosoma dell'aggressività
A proposito di una sentenza. S. Aleo 1 2011
- L'inquadramento dei disturbi mentali atipici, la capacità giuridica penale e
l'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato. A. Centonze 3 2011

ISOLAMENTO DIURNO

- Isolamento diurno del condannato all'ergastolo e divieto di comunicazione
con gli altri detenuti. Commento a Magistrato di Sorveglianza di L'Aquila,
ordinanza 22 giugno 2012. F. Fiorentin 3 2012

L**LAVORO PENITENZIARIO**

- Il danno contributivo da lavoro penitenziario. G. Caputo 2 2011
- Fare impresa nelle carceri del mezzogiorno. V. Aresta 3 2011
- Profili storici del lavoro carcerario. V. Lamonaca 3 2012

M**MEDIAZIONE PENALE**

- Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti
G. Tramontano 2 2010
- Il conflitto e la mediazione. A. Romano 1 2011

MINACCE E AGGRESSIONI AI DANNI DEL PERSONALE

- Indagare e valutare le minacce e le aggressioni ai danni degli operatori
dell'esecuzione penale esterna. C. Galavotti 1 2012

MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

- Immigrati e misure alternative alla detenzione. I risultati di una ricerca
condotta presso l'UEPE di Udine, Pordenone e Gorizia. M. R. Bonura 3 2011

MISURE DI PREVENZIONE

- Le misure di prevenzione nel testo unico in materia di stupefacenti.
F. Fiorentin 3 2011

P**PENE VIETATE**

- Le pene vietate nella giurisprudenza della corte europea dei diritti
dell'uomo. A. Esposito 3 2012

PIAZZA FONTANA

- Piazza Fontana. Dopo l'evento più nero, il processo più lungo nella
storia della Repubblica Italiana. S. D'Auria 2 2012

POLIZIA PENITENZIARIA

- La percezione delle problematiche lavorative nel personale di polizia penitenziaria.
S. Milazzo, A. Rizzo 3 2010

PROCURA DELLA REPUBBLICA

- La Procura della Repubblica: il ruolo del procuratore e i rapporti con i sostituti.
G. Amato 1 2011

R

RICEZIONE PUBBLICAZIONI DA PARTE DEI

DETENUTI SOTTOPOSTI AL REGIME SPECIALE 41-BIS

- La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis. Commento a Ordinanza del 31 gennaio 2012, Ufficio di Sorveglianza di Spoleto. F. Falzone, F. Picozzi 2 2012

S

STALKING

- Lo stalking nel sistema penale italiano e i profili comparatistici.
S. Tigano 1 2011

STUPEFACENTI

- Il “punto” sulla normativa sanzionatoria degli stupefacenti: tra certezza operativa e effetti sul sistema carcerario. G. Amato. 3 2010
- Le misure di prevenzione nel testo unico in materia di stupefacenti.
F. Fiorentin 3 2011

SUICIDIO IN CARCERE

- Il suicidio in carcere: la categorizzazione del rischio come trappola concettuale ed operativa. P. Buffa 1 2012

T

TELECOMUNICAZIONI

- L'amministrazione penitenziaria: le telecomunicazioni in grado di garantire la sicurezza. G. Palmieri 2 2012

TOSSICODIPENDENZA

- Cass. Sez. I – C.C. 3 marzo 2010 (Dep. 12 aprile 2010), n. 13542
F. Fiorentin 2 2010

V

VIOLENZA IN AMBITO FAMILIARE

- La violenza nelle relazioni familiari. G. Pujia, R. Nardone 1 2010

(a cura di Daniele De Maggio - redazione)

Impaginazione e Stampa
a cura della Casa Circondariale di Ivrea
Finito di stampare
nel mese di Giugno 2013