

Libertà personale e carcere

Che cosa è l'*habeas corpus*? Legare le persone ad un letto di ospedale è legittimo? Il decreto-legge e il decreto legislativo possono introdurre nuovi reati e inasprire trattamenti sanzionatori? Sono costituzionalmente ammissibili le pene del sospetto, vale a dire le misure di prevenzione personali? La riserva di legge e la riserva di giurisdizione, costituzionalmente imposte, non rischiano di dare copertura a pratiche e istituti che degradano giuridicamente le persone? In uno scenario nel quale la retribuzione impera, il ruolo delle vittime è in ascesa, la difesa della società sembra un *placebo*, gli obblighi di penalizzazione divampano e la proporzionalità è insidiosa, come si amalgamano il diritto penale dei diritti umani e il volto costituzionale del sistema penale? Esistono pensieri radicalmente differenti sul carcere, in materia di sovraffollamento, ordini di trasferimento, funzionari giuridico-pedagogici, colloqui senza controllo a vista? E che dire della salute mentale dentro e fuori dal carcere? Sono alcune delle domande più importanti di questi percorsi di diritto costituzionale penale sulla libertà personale e sul carcere, che intendono mettere in risalto il quadro d'insieme e le questioni più critiche, di fondamentale significato teorico-concettuale e di straordinaria attualità.

Davide Galliani è professore associato di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Milano, dove insegna anche Diritto costituzionale penale italiano ed europeo. È stato coordinatore scientifico del primo progetto di ricerca sulla pena perpetua finanziato dalla Commissione europea (*The Right to Hope. Life Imprisonment in the European Context*). Ha scritto *Amici Curiae* ammessi alla Corte di Strasburgo e svolto formazione per la Scuola Superiore della Magistratura. Fa parte del Consiglio direttivo di Nessuno Tocchi Caino e ha collaborato con la Fondazione di Umberto Veronesi. È autore di libri, articoli e saggi su temi di diritto costituzionale penale. Tra i libri, *La più politica delle pene. La pena di morte*, 2012 e, con altri autori, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, 2019, *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, 2020, *Ergastolo e diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"*, 2024.

 **FrancoAngeli**
La passione per le conoscenze

€ 27,00 (U)

ISBN 978-88-351-7291-8



9 788835 172918



Davide Galliani

Libertà personale e carcere

Percorsi
di diritto costituzionale penale

ds
DIRITTO E SOCIETÀ

FrancoAngeli

Davide Galliani

Libertà personale e carcere

Percorsi
di diritto costituzionale penale



DIRITTO E SOCIETÀ

FrancoAngeli

Il volume ha usufruito di un finanziamento per le attività base di ricerca del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (FFABR 2017).

Il volume è stato sottoposto a un processo di referaggio che ne attesta la qualità scientifica. La documentazione è conservata presso l'Editore.

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Ristampa	Anno
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9	2025 2026 2027 2028 2029 2030 2031 2032 2033 2034

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore.

Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata).

Sono riservati i diritti per Text and Data Mining (TDM), AI training e tutte le tecnologie simili.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale, possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali (www.clearedi.org; e-mail: autorizzazioni@clearedi.org).

Stampa: Geca - Divisione Libri di Cisra Spa, Via Belvedere 42, 20862 Arcore (MB).

*A Laura,
per tutta la innaturale pazienza,*

*a Filippo,
per tutta la naturale impazienza.*

INDICE

<i>Qualche preliminare notazione</i>	pag.	9
1. La libertà personale e la Costituzione		
1.1. Da qualche parte bisogna partire	»	15
1.2. L'art. 13: una disposizione dell'andirivieni	»	16
1.3. In Costituente: generale accordo più che compromesso	»	18
1.4. Tra <i>habeas corpus</i> e "qualsiasi altra" restrizione	»	22
1.4.1. Legare le persone: legge e giudice bastano?	»	25
1.4.2. Legge in senso formale e decreto-legge	»	33
1.4.3. Ammissibile il decreto legislativo delegato?	»	41
1.5. Vuoto dei fini o beni giuridici costituzionali?	»	47
1.6. La riserva di giurisdizione	»	49
1.7. L'art. 13 e le interrelazioni con altre disposizioni costituzionali	»	52
1.8. Il mondo sospetto delle pene del sospetto	»	63
1.9. Una goccia di giustizialismo in un mare di garantismo	»	78
2. Il carcere e la Costituzione		
SEZIONE I		
2.1. La Costituzione fonte di "sapere e salvezza"	»	99
2.2. Ancora sull'accordo più che compromesso	»	101
2.3. Il diritto penitenziario: una materia, non una disciplina	»	104
2.4. Il volto costituzionale del sistema penale	»	113
2.5. La retribuzione e la Costituzione	»	115
2.5.1. La retribuzione e la colpevolezza	»	121
2.5.2. Retribuzione, legalità e rieducazione all'italiana	»	131
2.6. La difesa della società e la retribuzione	»	138

2.7. Un accenno alla giustizia riparativa	pag.	149
2.8. Obblighi costituzionali di penalizzazione?	»	157
2.9. Le insidie della dignità umana	»	173
2.10. Le criticità della proporzionalità	»	178
SEZIONE II		
2.11. Pensare al carcere in modo radicalmente differente	»	190
2.12. Il sovraffollamento carcerario	»	198
2.13. L'ordine di trasferimento dei detenuti	»	204
2.14. Il caso dei funzionari giuridico-pedagogici	»	208
2.15. Il diritto ai colloqui senza controllo a vista	»	209
2.16. La salute mentale dentro e fuori dal carcere	»	220
<i>Qualche conclusiva notazione</i>	»	227

QUALCHE PRELIMINARE NOTAZIONE

1. Vorrei spiegare al lettore cosa potrà trovare nel libro, se avrà la pazienza di leggerlo, soprattutto come ho scritto questi percorsi di diritto costituzionale penale che si occupano di libertà personale e di carcere. Ho sondato le tematiche in una dimensione orizzontale piuttosto che verticale. Mi è sembrato utile comporre il quadro d'insieme, e del resto per ciascuna delle questioni che affronto si potrebbe scrivere un libro.

In questo preliminare intento di spiegazione, vorrei servirmi di una delle figure retoriche di contenuto più diffuse, la similitudine. Quando si va in montagna e ci si imbatte in una grotta si dovrebbe sempre adottare una certa cautela. Chi è speleologo percorre in un'ora non più di duecento metri. Esistono regole che andrebbero seguite. Una è di fondamentale significato. La grotta va battuta in un determinato modo: si entra in una galleria, si percorrono qualche decina di metri e si torna indietro nel cortile, e da qui si riparte per la galleria successiva, anche questa da perlustrare senza eccedere. Questo modo di procedere ti garantisce la sopravvivenza: non entrare troppo, non scendere troppo, torna presto al cortile, da lì riparti con lo stesso metodo. Quando si riemerge dalla montagna si potrà dire di avere percorso una grotta e così offrire, a chi ha interesse, un racconto né esauriente né superficiale, ma non per questo meno interessante.

Una minuta aggiunta. Esistono poche certezze quando si parla di grotte. Una è che sono visitabili solo una sparuta minoranza di quelle esistenti. Possiamo entrare in pochissime, la stragrande maggioranza non è accessibile, sviluppandosi dentro la montagna. Un'altra è che, rispetto a quel poco che possiamo conoscere, bisogna usare circospezione. Conclusioni definitive sono sconsigliabili: in Italia ne esistono che scendono più di un chilometro e si estendono più di cinquanta. In uno scenario di incertezza, serve usare il senso del limite e porsi sempre delle domande: questo è l'apporto più importante che si può dare al progredire delle conoscenze, credo non solo delle grotte.

Se dovessi spiegare come ho scritto questo libro potrei rinviare integralmente al modo con il quale percorre una grotta un escursionista con una qualche esperienza. La grotta si chiama diritto costituzionale penale, le gallerie libertà personale e carcere.

2. Vediamo i temi. Il Capitolo 1 è sulla libertà personale e la Costituzione. Mi sono occupato, partendo da qualche argomentazione relativa ai lavori preparatori in Costituente, di *habeas corpus*, di contenzione fisica/meccanica, del decreto-legge e del decreto legislativo per introdurre nuovi reati e inasprire trattamenti sanzionatori esistenti, della tutela dei beni giuridici costituzionali, della riserva di giurisdizione, fino alle pene del sospetto e all'obbligo di penalizzazione delle violenze fisiche e morali. Come dicevo, per ciascuna di queste tematiche si potrebbe scrivere un libro. Ho utilizzato il freno a mano: non scendere troppo nello scavo, evidenziare l'insieme.

La stessa cosa rispetto al Capitolo 2, sul carcere e la Costituzione, in particolare la Sezione I, entro la quale sono il diritto penitenziario, il volto costituzionale del sistema penale, la retribuzione, la colpevolezza, la difesa della società, la giustizia riparativa, fino ad un esame più disteso degli obblighi di penalizzazione e delle insidie della dignità umana e della proporzionalità. La Sezione II è per così dire più operativa, evidenzia qualche caso di pensiero radicalmente differente, tra gli altri, in materia di sovraffollamento, ordini di trasferimento, funzionari giuridico-pedagogici, diritto ai colloqui senza controllo visivo e di salute mentale dentro e fuori dal carcere.

3. Ho scritto ponendomi dubbi. Non significa che non ho tentato una qualche risposta, tuttavia il metro è stato davvero sollevare questioni, non proporre soluzioni, figuriamoci se definitive.

Provo a riassumere al massimo due delle domande che tornano di continuo nel libro. Da una parte: pretendere (costituzionalmente) la presenza della legge e di un giudice a fronte di trattamenti e istituti che degradano giuridicamente la persona. Se approvassimo una legge sulla contenzione fisica/meccanica, magari con tanto di convalida del giudice, e se per ipotesi riuscissimo a tassativizzare le pene del sospetto che sono le misure di prevenzione (personali), il risultato non sarebbe dare copertura costituzionale a ciò che degrada giuridicamente una persona? Dall'altra parte: con tutte le criticità che si possono evidenziare alla portata limitante dei beni giuridici costituzionali come oggetti di tutela penale, verso quali lidi potrebbe condurci il diritto penale dei diritti umani e fondamentali? Se la retribuzione impera, la colpevolezza è rischiosa, la difesa sociale vaporosa, il ruolo delle vittime inattaccabile, gli obblighi di penalizzazione divampanti, e se la dignità umana e la proporzionalità presentano insidie, cosa ne resta del volto costituzionale del sistema penale?

4. Un'ultima preliminare notazione. Immagino che non solo a me il presente appaia drammaticamente incerto. Ritengo che non uno dei nostri problemi dipenda dalla Costituzione.

Magari sbaglio di grosso, ma non è che siano occorsi eventi a dimostrazione del contrario. Mi sembra che la Costituzione vada attuata piuttosto che di continuo riformata. Nel minimo, ma veramente nel minimo, una sua riforma non dovrebbe avvenire a colpi di maggioranza, fermo restando che, se unanime, potrebbe sempre essere unanime follia.

Mentre stavo scrivendo questo libro mi sono costantemente domandato se esiste ancora un senso da attribuire alla Costituzione. Di questo si tratta, non del suo valore (giuridico), ma del suo senso. Potrebbe suonare scandalosa, ma la questione credo sia proprio il senso della Costituzione italiana.

Scrivevo, tagliavo, riscrivevo, ritagliavo, e il Parlamento ha approvato, in prima lettura al Senato, il 14 gennaio 2025, l'ennesima riforma costituzionale. Introduce, dopo il II comma dell'art. 24, la seguente disposizione: "La Repubblica tutela le vittime di reato". Dopo gli italiani all'estero, le isole e la insularità, e l'attività sportiva, è il momento delle vittime, al plurale perché il campo è largo.

Alla fine, ce l'hanno fatta. Vediamo come. La seduta al Senato è iniziata alle 16.35 e si è chiusa alle 19.40. Tre ore. La prima metà, un'ora e mezza, è volata via per una informativa urgente al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e per una relazione orale, con alcuni interventi, sopra un disegno di legge di conversione di un decreto-legge su "misure urgenti in materia di giustizia". La prima si può concedere, la seconda figuriamoci, in questo paese la giustizia è per definizione un caso straordinario di necessità e di urgenza¹.

In questa prima metà della seduta, si devono ricomprendere anche due (brevi) pause dei lavori per il saluto agli studenti di una scuola superiore napoletana e di un liceo classico siracusano. Una persona alla quale devo moltissimo, Elvio Fasone, non poche volte mi ha detto, forte della sua decennale esperienza a Palazzo Madama, che i parlamentari nel loro discutere dovrebbero avere garbo, accortezza e ritegno, anche perché in Aula assistono spesso giovani studenti.

Finalmente, sono le 17.58, arriva la discussione della riforma costituzionale. Naturalmente, era all'ordine del giorno, anche se come discussione.

Devo dire che le precedenti audizioni un qualche beneficio di chiarezza lo avevano apportato. All'unisono, gli auditi avevano sconsigliato l'inserimento della tutela delle vittime all'interno dell'art. 111.

¹ Una perla sulla informativa: "anche oggi molti di noi, che abbiamo scelto il treno per venire a Roma, hanno dovuto scontare enormi ritardi sia sulla linea ad alta velocità, sia su altre linee periferiche". Qualche gioiello sulla conversione del decreto-legge: "non è che l'ANM e i magistrati decidono tutto", "con i tavoli non si fanno le riforme: sono spesso utili per discutere e scambiare opinioni, ma è ben diverso il piglio di questo Governo", "tutto il decreto è di stampo giustizialista" (dall'opposizione, ma poteva venire dalla maggioranza), "la giustizia rappresenta il cuore del nostro Stato di diritto. Sostenere questo provvedimento significa sostenere un'Italia più giusta, più sicura e più rispettosa dei diritti di tutti i cittadini". Una seria posizione, di maggioranza e di opposizione, avrebbe dovuto dire: preso atto della palese disomogeneità dei contenuti, non lo convertiamo, poiché non rispetta i requisiti costituzionali per essere approvato. Non è necessario sfiduciare il Governo, visto che si starebbe difendendo la Costituzione, che è di tutti, o no?

Tra i diversi motivi, perché il (giusto) processo correva il rischio di sbilanciarsi. Alcuni avevano mosso perplessità sulla necessità di una riforma della Costituzione, vista la delicatezza della questione. Come che sia, a volte i miracoli (parziali) succedono: i senatori hanno parzialmente afferrato, la modifica è traslocata dall'art. 111 all'art. 24.

In ogni caso, pur ribadendo di avere compreso l'importanza del trasloco della riforma, ogni senatore intervenuto in aula ha sostenuto che la vittima merita più del solo risarcimento, e questo perché ha diritto alla verità. Il lessico conta. Non bisogna essere giuristi per comprendere il peso delle parole. Chissà se gli studenti in balconata si saranno domandati in quale sede questo (lo si conceda) singolare diritto alla verità dovrebbe trovare esplicazione. Se non in un'aula di giustizia, dove, in una piazza, in una sede convegnistica, in un salotto televisivo? E vuoi che sempre gli studenti (li sopravvaluto, ma è il vizio del mestiere) non abbiano pensato che, per tutelare le vittime al di fuori del processo, non serve riformare la Costituzione, si può (anzi si deve) molto più semplicemente attuare.

Di sicuro, nessuno tra i senatori si è posto questa domanda: che idea di senso abbiamo di una costituzione, che senso ha la Costituzione italiana? Vorrei essere puntiglioso: il problema è questo, il senso e non il valore (giuridico), perché il secondo non cambia a seconda dei suoi contenuti, delle maggioranze conseguite dalle riforme costituzionali, del tempo di discussione utilizzato per approvarle, mentre il primo direi di sì.

Quello che vorrei condividere subito con il lettore non è il merito della riforma costituzionale, inteso come contenuto. Nel libro cercherò di comprendere il rapporto tra la retribuzione (che non muore mai) e la questione delle vittime (che è al suo apogeo). Vorrei però riportare i risultati della votazione del disegno di legge costituzionale, il quale, approvato nella nostra seduta del 14 gennaio 2025, il giorno dopo è stato trasmesso alla Camera.

Presenti 151, votanti 150, astenuti 1, favorevoli 149. La Costituzione è di tutti, questo il risultato, inopinabile: zero contrari.

Ora il mantra del “sei contro le vittime”, non nuovo, potrà vantare un appoggio consistente, ti sbatteranno in faccia la Costituzione. Non sarai più solo contro le vittime, ti sentirai dire che sei contro la Costituzione.

I più ottimisti potranno dire di essere abituati. Quasi lo scordavo, essere contro l'ergastolo, anche quello ostativo, voleva dire essere a favore delle mafie, contro le vittime. E poi non si deve perdere la speranza, abbiamo (ancora) un sistema bicamerale, e perfetto: ci saranno nel minimo altre tre letture, qualcosa potrà sempre capitare.

Tutto verissimo, ma il senso della Costituzione? Cambia la legislazione, cambiamo la Costituzione. In tempi di (relativa) certezza, cambiava la legislazione e ci si domandava: è compatibile con la Costituzione? Oggi è sempre meno così: cambia la legislazione, si “aggiorna” la Costituzione.

Tralascio l'interessante proposta del nostro ultimo dei mohicani: la sua astensione non era solo *destruens* (il resoconto stenografico parla chiaro: la contrarietà, per coerenza, doveva portare al voto contrario), ma conteneva una parte *construens*. Il nostro isolato astenuto ha presentato un emendamento interamente sostitutivo, con il quale, dopo la previsione poi approvata – “La Repubblica tutela le vittime di reato” – si prevedeva che: “Nessuna disposizione penale che introduca nuovi reati o limitazioni della libertà personale, ovvero li aggravi o ne estenda l'ambito d'applicazione, può essere adottata se non per legge approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti. La predetta legge non può essere approvata nelle forme di cui agli articoli 76 e 77”.

Poteva essere scritta meglio, ma il senso era chiaro, e interessante: questa proposta è stata respinta con 143 voti contrari, racimolando 8 voti favorevoli.

Il diritto costituzionale è una materia di frontiera, è *borders addicted*. In questo libro provo a condividere qualche percorso di diritto costituzionale penale, lavorando in orizzontale più che in verticale, ma forse bisogna spingersi più in là, verso la psicologia collettiva, la psicoanalisi sociale, la psichiatria allargata. In un'altra vita, nemmeno troppo immaginaria, finiremo con l'averne medici ridotti a fare i giuristi e giuristi ridotti a fare i medici, in questo secondo caso, tra l'altro, alla ricerca di una qualche giustificazione dei voti dei nostri parlamentari.

Che non hanno la proprietà esclusiva della Costituzione, ma, impossibilità di referendum costituzionale a parte, fanno ciò che vogliono della nostra Costituzione, la trattano come un contenitore dentro il quale riversare ogni cosa, se porta voti meglio.

5. Chiudo tornando al come ho scritto il libro:

“Se un prosatore sa bene di che cosa sta scrivendo, può omettere le cose che sa, e il lettore, se lo scrittore scrive con abbastanza verità, può avere la sensazione di esse con la stessa forza che se lo scrittore le avesse descritte. Il movimento dignitoso di un iceberg è dovuto al fatto che soltanto un ottavo della sua mole sporge dall'acqua” (E. Hemingway, *Morte nel pomeriggio*, Mondadori 1992, p. 777, ed. orig. 1932, I ed. ital. 1947, trad. di F. Pivano).