

Parte prima
Le nuove norme penitenziarie

Capitolo 1

La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP

di Patrizio Gonnella

Sommario: 1. La dignità umana. – 2. I diritti fondamentali contrapposti alle esigenze di ordine. – 3. Il divieto esplicito di violenza. – 4. Un allargamento, contenuto, del principio di non discriminazione. – 5. Gli obiettivi della pena: autonomia, responsabilità, socializzazione e integrazione. – 6. Un'amara conclusione: tutto è rimandato alla prassi.

1. La dignità umana

Non è facile definire cosa sia la dignità umana. È più facile ricorrere a esemplificazioni o parafrasi. Eppure la dignità umana, dal lontano 1948¹, quando le Nazioni Unite l'hanno posta a fondamento di tutti i diritti umani, è entrata a far parte prepotentemente del diritto positivo, sia nella sua dimensione internazionale che, a seguire, in quella statale. Le Corti supreme e le Corti di merito hanno avuto a disposizione un concetto nitido, auto-evidente, indiscutibile nella sua origine sebbene non definito nei suoi contenuti.

¹L'art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948 afferma che: "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti", ribadendo quanto già preannunciato nel prologo, ossia che "il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo". Così la dignità viene posta a fondamento dell'insieme dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali senza porsi il problema giuridico di doverla definire. L'uso del termine 'riconoscimento' sembra voler orientare l'interprete (sia esso un legislatore nazionale che un giudice) verso una funzione di mera esecutività esegetica. La storia ha insegnato che la dignità è coesistente all'essere umano. Il ruolo dell'interprete sarà dunque quello (non secondario) di definire i contorni della dignità umana affinché essa prenda forza giuridica.

Cos'è dunque la dignità umana? Ricorrendo a Immanuel Kant e Cesare Beccaria, la potremmo definire in chiave negativa, ossia la irriducibilità dell'uomo a oggetto, la non degradazione dell'essere umano a mero mezzo per conseguire altro fine. È la storia contemporanea a suggerire una visualizzazione plastica della dignità umana, attraverso i ricordi di cosa significhi perderla. È nelle immagini delle persone internate nei campi di concentramento, è nella storia di Auschwitz che possiamo trovare una risposta alla definizione di cosa sia la dignità umana, o meglio di cosa si intenda per mancato rispetto della stessa. Non c'è bisogno ulteriore di circoscriverne il contenuto o specificarne il senso. La dignità umana è l'umanità kantiana; è l'umanità dolente, quella annientata ad Auschwitz. La dignità umana è l'umanità di cui parla l'art. 27 della nostra Costituzione a proposito delle "pene che non possono mai consistere in trattamenti contrari al senso di umanità". La dignità umana è, dunque, il confine all'esercizio del potere di punire, arbitrario o legittimo che esso sia. Un confine che i giudici potranno imporre nella concretezza del loro lavoro giurisdizionale affidandosi più alla storia, all'intuitività del linguaggio, alla ragionevolezza che non alla sovrapposizione analitica del fatto alla norma. Così è accaduto nella pratica giudiziaria in giro per il mondo libero. A partire dal 2011, prima la Corte costituzionale tedesca², poi la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America³, a seguire la magistratura di sorveglianza italiana⁴, accompagnate da una costante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani⁵ si sono affidate alla nozione giuridica della dignità umana per limitare l'azione punitiva dello Stato, per stigmatizzare condizioni oggettive di degrado penitenziario ma anche per sollecitare progetti di riforma su base nazionale. In

²La sentenza è del 22 febbraio 2011. La Corte costituzionale tedesca, a seguito del ricorso di un detenuto che lamentava l'assenza di spazi vitali nella sua cella nonché condizioni di vita interne disumane (23 ore su 24 di chiusura in una cella di 8 mq da condividere con un altro detenuto peraltro fumatore), ha affermato che lo Stato deve garantire il pieno rispetto della dignità umana anche a condizione di rinunciare all'applicazione della pena. Dunque è sancita la primazia della dignità umana sul potere di punire.

³La sentenza è del 23 maggio 2011. La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nel censurare un sistema penitenziario talmente affollato da negare la dignità umana delle persone recluse, ha intimato alle autorità dello Stato della California di liberare alcune migliaia di detenuti.

⁴L'ordinanza è del 9 giugno 2011. Il giudice di sorveglianza di Lecce Luigi Tarantino, evocando in apertura la nozione della dignità umana, ha imposto per la prima volta un risarcimento economico a favore di un detenuto recluso in spazi angusti. Niente di simile era mai accaduto prima nella giurisdizione nazionale. Sarà solo con l. n. 92/2014 che verrà introdotto il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento con il nuovo art. 35-ter dell'OP.

⁵Una giurisprudenza che ha duramente colpito l'Italia con la sentenza pilota 'Torreggiani e altri contro Italia', decisa l'8 gennaio 2013 e confermata dalla Grande Camera il 27 maggio 2013.

ognuna di queste sentenze, così come nell'impianto normativo che le sottende, si rimanda a una teoria della dignità umana, quella della dotazione, diversa da quella della prestazione⁶. La dignità umana non è un bene che si perde o si conquista a seconda di come ci si comporta nella società. Essa non è un bene flessibile che in carcere si può intaccare o parzialmente cancellare. La dignità umana spetta al detenuto condannato per un reato grave così come al cittadino più probò.

Ogniqualevolta il legislatore in materia penitenziaria evoca la dignità umana rimanda inequivocabilmente a tutto questo ponendo nelle mani dei giudici di merito e di legittimità uno strumento straordinario di evoluzione culturale e giuridica del sistema delle pene. Non è un caso che nelle Regole Universali Penitenziarie del 2015, le cosiddette Mandela Rules, l'Assemblea Generale dell'Onu abbia posto il riferimento al rispetto della dignità umana in apertura degli standard minimi di tutela dei diritti dei detenuti.

La recente riforma dell'OP si compone di tre decreti legislativi. Il secondo in ordine di emanazione è quello del 2 ottobre 2018, n. 123, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lett. a), d), i), l), m), o), r), t) e u), l. 23 giugno 2017, n. 103. Esso solo parzialmente modifica ed espande l'art. 1 dell'OP. La prima parte del comma 1 riproduce fedelmente quanto già scritto nella legge del 1975 ossia che "il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona". Nonostante resti in piedi il riferimento alla dignità umana, è forse questa un'occasione persa. Si sarebbe potuto, con ancora più forza argomentativa, affermare la inderogabile intangibilità della dignità umana, attraverso un rovesciamento sistematico della frase. In ogni caso l'articolo 1 resta uno strumento giuridico forte nelle mani degli interpreti che ben potranno usarlo in tutte quelle circostanze dove non è chiaro il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e diritti individuali, così spingendo il pendolo verso le istanze di libertà, avendo in mente come la Corte costituzionale abbia affermato in modo perentorio sin dal lontano 1993, nella sentenza n. 349, che "chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale".

⁶Una ricostruzione puntuale e una classificazione originale di tutte le concezioni filosofiche della dignità umana è in U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari, 2009. Vedi Anche M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011 oppure P. GONNELLA, *Carceri. I confini della dignità*, Jacobo, Milano, 2014.

2. I diritti fondamentali contrapposti alle esigenze di ordine

Il nuovo art. 1 dell'OP al comma 3, in modo più categorico rispetto alla vecchia formulazione, afferma che “ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali” e al successivo comma 4 ribadisce che “negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà”. Ben più laconica era la formulazione precedente che affermava come “negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina” e in seconda battuta era scritto che “non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari”. Quest'ultimo inciso è restato in vita con la legge di recente approvata. Dunque sia nella collocazione sistematica che nella formulazione concreta con il nuovo art. 1 si antepongono i diritti fondamentali rispetto alle generiche necessità di ordine e disciplina che, viceversa, non di rado, nella pratica penitenziaria o negli atti secondari (circolari dell'amministrazione penitenziaria, ordini di servizio di direttori) sono evocate per comprimere i diritti dei detenuti. Anteporre il riferimento alla garanzia dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze di ordine e disciplina, impone un'inversione significativa nell'organizzazione della vita interna alle carceri nonché una stringente motivazione ogniqualvolta l'amministrazione penitenziaria a tutti i livelli decida di comprimere in parte o del tutto i diritti dei detenuti nel nome della sicurezza interna. Sarà più difficile da ora in poi argomentare giuridicamente intorno alla non partecipazione di un detenuto a una giornata scolastica o giustificare un trasferimento che interrompa un percorso di studi. Ordine e disciplina devono essere assicurati mai negando i diritti fondamentali delle persone detenute. Dunque ogni provvedimento interno restrittivo di tipo disciplinare, a pena di annullamento da parte della magistratura di sorveglianza chiamata eventualmente a decidere su reclamo della persona interessata, deve essere ampiamente e accuratamente motivato in modo da evidenziare come esso non leda alcun diritto fondamentale o sia eventualmente funzionale a garantirne uno di eguale rango costituzionale. L'ordine e la disciplina costituiscono le classiche clausole di salvaguardia utilizzate dall'amministrazione periferica o centrale delle carceri per gestire in modo non ordinario la vita interna e trasformare in eccezione la regola.

Rispetto alla formulazione precedente e anche rispetto al meno incisivo articolato presente nelle Regole Penitenziarie Europee del 2006 (“Le restrizioni imposte alle persone private della libertà devono essere ridotte al-

lo stretto necessario e devono essere proporzionali agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte”) oggi, con il nuovo art. 1 dell'OP, è più difficile sostenere la legittimità di provvedimenti amministrativi o di prassi che negano diritti sulla base di presunte esigenze interne di ordine e disciplina. D'altronde il sistema disciplinare nei confronti dei detenuti, regolato sia nell'OP che nel Regolamento di Esecuzione (RE) del 2000 approvato con d.p.r. n. 230, è ispirato al principio di legalità, che a sua volta non ammette eccezioni.

C'è però una lacuna rispetto alle norme europee. Ben forte sarebbe stato il richiamo alla Regola numero quattro presente nelle Regole Penitenziarie Europee secondo cui “la mancanza di risorse non può essere un motivo per giustificare condizioni di detenzione che violano i diritti dell'uomo”. Va detto che una formulazione di questo tipo non fa parte della tradizione giuridica italiana, particolarmente attenta al rischio di incorrere in presunte incompatibilità economiche e finanziarie.

Saranno la giurisprudenza di merito e quella di legittimità a dover meglio chiarire fino a che punto ci sarà la subordinazione della sicurezza interna al rispetto dei diritti fondamentali delle persone detenute e quali saranno i diritti considerati fondamentali, e dunque non eccipienti in ambito penitenziario. Infine, anche se la riforma appena approvata non cambia l'art. 41-*bis*, comma 2, dell'OP, comunque il nuovo articolo 1 orienta anche l'applicazione del regime penitenziario suddetto che non potrà confliggere con i principi generali dichiarati in apertura della legge.

3. Il divieto esplicito di violenza

C'è una novità presente nell'art. 1 dell'OP, così come modificato, non confinabile solo sul terreno del simbolico, ma con una forte proiezione materiale. Al comma 3 si afferma che “è vietata ogni violenza fisica o morale”. Norma ultronea o ridondante, si potrebbe dire; essa ha invece una sua rilevanza pratica e strategica, in quanto parte dalla consapevolezza dei rischi di maltrattamenti che potrebbero accadere negli istituti, all'interno dei quali c'è un'asimmetria di potere tra custodi e custoditi e dove l'esperienza ha mostrato nel tempo che l'uso arbitrario della violenza può riscontrarsi. D'altronde una norma di questo tipo non è infrequente nelle regole di apertura della legislazione internazionale, che non si perita di indicare alcuni imperativi categorici che servono a orientare da un lato gli operatori penitenziari,

dall'altro quelli del diritto. L'incipit delle Regole minime penitenziarie delle Nazioni Unite è dedicato alla proibizione della tortura e di ogni altra punizione o trattamento crudele, inumano o degradante "per i quali nessuna circostanza può essere invocata quale causa di giustificazione".

Il 14 luglio 2017, con l. n. 110 il legislatore, ha introdotto nel codice penale italiano il reato di tortura (art. 613-*bis*), così colmando una lacuna lunga ventinove anni, visto che era il 1988 quando il nostro Paese aveva ratificato, con legge la Convenzione, delle Nazioni Unite contro la tortura che obbligava gli Stati a perseguire il crimine di tortura, offrendone una definizione standard quale base di partenza. Nonostante ciò, il legislatore italiano, nel modificare la legge penitenziaria, non cita la parola tortura, mai presente in tutto l'OP, pur vietando con assoluta fermezza la violenza fisica o morale. Non è chiaro se volutamente o meno, ma con la formulazione prescelta il Parlamento allarga di fatto il raggio della proibizione, rispetto al più evocativo, ma meno esteso divieto, di tortura. La tortura così, come definita dalle Nazioni Unite all'articolo 1 della Convenzione del 1984, ma anche così come diversamente descritta dal legislatore italiano nel 2017 ("Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona"), è qualcosa di diverso, più ristretto e specifico rispetto alla violenza, che invece ne è uno degli elementi costitutivi⁷. Per esservi tortura deve esserci violenza (per le Nazioni Unite) o addirittura violenze (per il legislatore italiano nel 2017). Per esservi violenza non necessariamente deve esservi tortura. Nella tortura la violenza non è mai fine a se stessa. Costituisce sempre un mezzo. Sganciata dalla tortura si punisce la violenza sia come fine che come mezzo. Con il divieto posto in apertura dell'OP si produce un'interessante e profondo cambiamento culturale rispetto al silenzio presente nella legge del 1975, ma anche rispetto agli eccessi verbali della legge italiana n. 110/2017, che si era rifugiata nell'uso del plurale (violenze e non violenza) al fine di rendere meno cogente la proibizione della tortura.

⁷Per un'analisi del dibattito politico e giuridico che ha portato alla legge del 2017 vedasi P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto all'approvazione della legge che criminalizza la tortura*, in *Politica del Diritto*, 3/2017 a. XLVIII, pp. 415-444.

Con il divieto assoluto di violenza fisica e morale si intende orientare il management penitenziario verso una quotidianità meno afflittiva. Il legislatore, così come ogni esperto penitenziario, è consapevole che un certo tasso di violenza sia presente negli istituti di pena, per questo ha voluto esplicitare senza eccezioni la proibizione.

Il nuovo art. 1 va letto in sinergia con il vecchio e immutato art. 41 dell'OP che afferma che “non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti”. Prevede anche che “non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire l'incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario”. Infine, pone il direttore al vertice gerarchico della piramide nell'uso della forza. Le uniche eccezioni alla proibizione della violenza, di cui al rinnovato art. 1 dell'OP, sono quelle previste al successivo art. 41, il quale, per ragioni sistematiche, da ora in poi, andrà necessariamente interpretato in modo più restrittivo rispetto al passato⁸.

Se la violenza fisica è più facilmente identificabile, meno semplice è definire cosa debba intendersi per violenza morale, tanto più in carcere dove la stessa condizione privativa della libertà può essere percepita come una forma di violenza morale. I controlli ripetuti nelle celle, anche notturni, le ispezioni personali quotidiane, il divieto di possesso di beni di valore affettivo, la negazione di un farmaco analgesico, offese personali, possono essere tutte forme di violenza morale più o meno grave, a seconda se occasionali o ripetute nel tempo. Così come può esserlo un trasferimento lontano dai propri affetti. Aver fatto riferimento esplicito al divieto di violenza morale è un segnale importante rivolto allo staff penitenziario. Sarà rilevante, nel tempo, verificare se si formerà una giurisprudenza sul tema e se e come l'amministrazione penitenziaria, con proprie circolari, si attiverà a prevenzione di ogni forma di violenza fisica e morale (ad esempio attraverso l'identificabilità degli operatori penitenziari).

Esiste infine una violenza strutturale della pena, intrinseca alla deten-

⁸ Il dibattito politico e sindacale intorno all'impiego da parte della Polizia Penitenziaria delle pistole Taser nelle carceri non tiene conto del divieto di cui all'articolo 41 dell'OP, non modificando il quale l'uso delle pistole elettrificate resta illegittimo.

zione, che non potrà mai essere espulsa, ma al limite minimizzata da politiche tendenti all'umanizzazione della condizione di prigionia. Non è a questo che si riferisce l'articolo 1 dell'OP, ma non si può ometterne la considerazione.

4. Un allargamento, contenuto, del principio di non discriminazione

Il principio di uguaglianza, che ha nell'art. 3 Cost. la sua fonte più alta, trova, rispetto al lontano 1975, una sua più ampia esplicitazione nell'art. 1 dell'OP, così come riscritto nella riforma ultima. Il legislatore allarga i confini del principio di non discriminazione affermando che il trattamento penitenziario "è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose". Rispetto al testo precedente si introducono riferimenti espliciti al sesso, all'identità di genere, all'orientamento sessuale; tutta la parte restante della norma resta identica al testo precedente. Dunque, i quarantatré anni trascorsi dal 1975 hanno suggerito un'estensione del principio di non discriminazione oltre i confini più tradizionali. Così per la prima volta fanno ingresso nell'OP anche le espressioni sesso, identità di genere e orientamento sessuale. Da ora in poi non saranno ammissibili il linea di principio pratiche segregative o trattamenti deteriori giustificati sulla base di generiche esigenze di protezione individuale.

Il divieto di discriminazione porta con sé ovviamente l'obbligo di attivare azioni positive per colmare i gap di pari trattamento. Le donne costituiscono una piccola minoranza rispetto agli uomini detenuti. Nella pratica penitenziaria sono spesso reclusi in apposite sezioni all'interno di carceri maschili e, in quanto numericamente poche, (meno del 5% del totale della popolazione detenuta) non godono delle stesse opportunità di reinserimento sociale messe in campo per gli uomini. L'impianto della vita carceraria, così come disciplinato da norme, circolari e ordini di servizio, nonché dalle prassi pluri-decennali e dall'organizzazione del personale, è tendenzialmente pensato per un detenuto maschio, italiano, di fede religiosa cattolica. Ad esempio, manca presso l'amministrazione penitenziaria un ufficio che si occupi di diritti e bisogni delle donne detenute, che sono ben diversi da quelli degli uomini, a partire da tutto ciò che è connesso alla maternità.

È significativo, dunque, che la condizione di genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere entrino nell'OP, anche se la norma di principio introdotta all'art. 1 non è seguita dalla previsione di piani articolati contenenti azioni positive. Ci si è limitati a rivedere l'art. 14 dell'OP al quale è stato aggiunto il seguente comma: "L'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. È in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta". Ancora una volta a prevalere è l'esigenza di protezione fisica delle persone in considerazione del loro orientamento sessuale o della loro identità di genere piuttosto che la messa in campo di progettualità trattamentali avanzate. È comunque di rilievo che, ai fini dell'assegnazione dei detenuti in sezioni omogenee, si sia deciso di dare peso al loro parere e che si prevedano attività interne al carcere organizzate tra categorie diverse di persone. Nella vita carceraria accade spesso che, con la giustificazione di evitare violenze o abusi sessuali nei confronti di detenuti vulnerabili, li si isoli, negandogli ogni chance di partecipazione ad attività di intrattenimento o di reintegrazione sociale.

Va sicuramente valorizzata la decisione del legislatore di far emergere dall'opacità la condizione quotidiana di vita dei detenuti LGBT e di avere usato l'espressione sociologica identità di genere, non sempre accolta nei testi normativi, in quanto contestata da settori dell'ortodossia religiosa. Il tema, però, avrebbe potuto essere trattato in modo olistico, ad esempio non disdegnando indicazioni in materia di formazione del personale o di tutela della salute. Le sezioni omogenee potrebbero essere luoghi aperti, ben gestiti, ma anche trasformarsi in pericolosi luoghi segregativi.

5. Gli obiettivi della pena: autonomia, responsabilità, socializzazione e integrazione

Il trattamento, afferma l'art. 1 dell'OP, così come innovato dalla riforma del 2018, deve conformarsi a "modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione". In questo paragrafo

L'attenzione sarà riposta agli obiettivi del trattamento e non al trattamento rieducativo di cui si analizzeranno le componenti e le criticità in altra parte del volume. Dunque, l'intero arco di vita penitenziaria, non solo le attività organizzate, ma anche il complessivo regime interno, non il solo trattamento rieducativo, ma anche il più ampio trattamento penitenziario (se per questo si intende il regime di vita interna), deve essere finalizzato al raggiungimento per tutti i detenuti dei quattro obiettivi summenzionati, ossia autonomia, responsabilità, socializzazione e integrazione. Ciò significa che gli orari di apertura e chiusura delle celle, il tipo di sorveglianza, i rapporti con lo staff, i rapporti con l'esterno, questioni come la sessualità o l'accesso alle misure alternative dovrebbero essere strutturati in funzione di tali obiettivi. Come si può pensare che un detenuto sia educato all'autonomia se durante la giornata penitenziaria è marcato ad uomo da un agente di Polizia penitenziaria contravvenendo alle indicazioni europee che spingono verso una sorveglianza di tipo dinamico? Come si può affermare che un detenuto sia supportato nella costruzione di atteggiamenti responsabili se trattato come un bambino, imponendo nei suoi confronti un modello detentivo fondato su premi e punizioni? Come si può pensare che una persona sia educata alla responsabilità se gli viene vietata la circolazione in autonomia all'interno della sezione negli orari previsti dal regolamento interno e percepisce in modo chiaro come l'istituzione non si fidi di lui al punto che vada seguito passo passo, anche quando si reca a scuola o a messa? Come si può ritenere raggiunto l'obiettivo di un modello di pena che punti alla socializzazione se si vieta la sessualità e ogni forma di intimità con il proprio partner? La socializzazione non può essere ridotta banalmente alla possibilità di fare quattro chiacchiere con altri detenuti in aree di passeggio spesso povere e disadorne. Infine, come si può sostenere che sia perseguibile un modello di integrazione se non si prevedono coraggiosamente azioni dirette a favorire i diritti delle persone straniere, attraverso l'interpretariato, la mediazione sociale e culturale, l'innovazione progettuale, il riconoscimento della piena libertà religiosa? Sono questi quesiti che inevitabilmente ci si pone di fronte a una riforma approvata monca con ampie parti della legge delega restatae inattuata, parti che avrebbero dovuto dare sostanza ai principi generali dichiarati in apertura.

Il riferimento a questi obiettivi trattamentali è dunque di grande rilievo giuridico, sociale, etico, pedagogico e culturale. Stride con il vuoto delle norme successive, con il silenzio della riforma circa temi quali la sessualità, le misure esterne al carcere, la sorveglianza dinamica. Manca infatti nelle parti successive della riforma tutta quella parte progettuale che era inizial-

mente presente nell'elaborazione effettuata degli esperti coinvolti dal Ministero della Giustizia negli Stati Generali dell'Esecuzione Penale⁹ nonché nella versione originaria dei decreti legislativi, prima dei tagli intervenuti in prossimità dell'approvazione finale. Dunque resta in piedi una straordinaria petizione di principio a cui mancano le gambe dell'attuazione pratica.

Un'attenzione particolare merita la nozione di responsabilità, in quanto un contenitore più ampio che ricomprende anche le parole autonomia, socializzazione ed integrazione. Queste ultime sono le forme attraverso cui costruire un essere umano responsabile. La responsabilità è un concetto sociale capace di tenere conto della complessità, dell'esistenza della zona grigia, della rottura degli argini tra i valori e i fatti. Responsabile, evocando Max Weber, è colui che risponde per qualcuno o di qualcosa. L'etica della responsabilità si contrappone all'etica delle intenzioni, per cui tutto si decide sulla base esclusiva delle proprie convinzioni e dei propri valori. Quest'ultima presuppone in modo semplificato che il bene produca solo analogo bene. L'etica delle intenzioni residualizza la categoria dei fatti, presuppone un assolutismo valoriale (e fra gli assolutismi valoriali ci sono anche quelli criminali) e produce una decisione semplificata nei suoi meccanismi di formazione. L'etica della responsabilità tiene conto della variabile della complessità umana e sociale e fa sì che le decisioni siano fondate sulle valutazioni controfattuali. Essa non disconosce il presupposto ideologico o valoriale di partenza ma lo assume a fondamento del percorso cognitivo e quindi decisionale, trasformando quest'ultimo in scelta razionale. L'etica della responsabilità ritiene che tra valori e fatti ci debba essere coerenza ma anche causalità. Una decisione responsabile è una decisione capace di usare l'argomento teleologico del rapporto tra i valori e i fatti. L'etica della responsabilità è qualcosa che riguarda la razionalità della decisione umana, la sua assunzione nel nome della collettività. Un carcere infantilizzante, dove le decisioni di chi ha il potere disciplinare sono arbitrarie e non razionali, governato dalla paura e da stili di vita anomali non ha nulla a che fare con l'etica della responsabilità. Il richiamo legislativo alla responsabilità ha la forza, se ben interpretato, di capovolgere in senso positivo la vita in un istituto di pena riportandola nell'alveo della normalità.

⁹ Il documento finale è consultabile al seguente indirizzo web https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page;sessionId=Rf+EwTBmfeFfWKaz4J3Ic7WS?previousPage=mg_2_19.

6. Un'amara conclusione: tutto è rimandato alla prassi

Il nuovo art. 1 dell'OP, dunque, è ricco di espressioni alte che pongono il nostro sistema penitenziario, nelle dichiarazioni di principio, all'avanguardia nelle codificazioni delle democrazie liberali. Ma, poiché nelle parti successive della legge è mancato adeguato e analogo coraggio nel definire tutti i restanti passaggi di vita penitenziaria (affettività, esecuzione penale esterna, disciplina, staff, libertà religiosa, nuove tecnologie, sorveglianza dinamica), lasciando immodificate le vecchie norme del 1975, il destino di questo articolo è affidato alle sole mani dell'amministrazione penitenziaria e delle singole direzioni carcerarie. Sarà dunque il livello secondario, amministrativo e di base, a dover dare attuazione all'art. 1 interpretandolo o meno in chiave conforme all'art. 27 della Costituzione e delle Regole penitenziarie europee. Il destino dell'art. 1 è altresì nelle mani della giurisprudenza di sorveglianza che, qualora sollecitata in applicazione dell'art. 35-*bis*, potrebbe condizionare verso standard più elevati la vita negli istituti penitenziari italiani.

Capitolo 2

Il trattamento e la vita interna alle carceri

di Susanna Marietti

Sommario: 1. Il trattamento rieducativo. – 2. La permanenza fuori dalla cella. – 3. La territorialità della pena. – 4. Colloqui, corrispondenza e informazione. – 5. I detenuti stranieri. – 6. Le donne detenute. – 7. Isolamento e consiglio di disciplina. – 8. Rapporti con il territorio: anagrafe e convenzioni di studio.

1. Il trattamento rieducativo

Il primo articolo della nuova legge mantiene lo stesso titolo del corrispondente articolo del 1975, “Trattamento e rieducazione”. Il nuovo testo, tuttavia, distingue in maniera meno chiara del precedente tra i due concetti, dove il primo, come ampiamente riconosciuto dalla dottrina, comprende in sé tanto il trattamento penitenziario di cui si legge in apertura del comma 1 – l’insieme delle regole di vita interne e dei principi che informano le modalità di relazione tra l’istituzione e i detenuti – quanto il trattamento rieducativo come da art. 27 della Carta Costituzionale.

Innanzitutto, infatti, l’articolo di apertura della vecchia legge si componeva di sei commi, i primi cinque dei quali si riferivano consecutivamente al trattamento penitenziario mentre solo l’ultimo vedeva fare il proprio ingresso al concetto di trattamento rieducativo, che rimaneva così distinto anche dal punto di vista sistematico. In secondo luogo, questo comma 6 aggiungeva esplicitamente l’aggettivo “rieducativo” al sostantivo “trattamento”. Infine e più rilevante di tutto, il comma si apriva con la specificazione che questo tipo di trattamento si attua nei “confronti dei condannati e degli internati”, escludendo così i detenuti imputati. La norma novellata, invece, sposta già al comma 2 la prima menzione di quel trattamento che “tende, anche attraverso i contatti con l’ambiente esterno, al reinserimento

sociale”, salvo tornare poi nei commi successivi a riferirsi al trattamento penitenziario. L’aggettivo “rieducativo” viene inoltre cancellato e la qualifica va desunta dal senso della frase. Non vengono infine menzionati in modo esplicito i soli detenuti condannati e internati quali destinatari del processo di risocializzazione.

Tutto ciò sembrerebbe, nonostante la relazione illustrativa non si soffermi su questo punto, aprire all’interpretazione secondo la quale il trattamento rieducativo non coincide con il trattamento volto al reinserimento sociale, bensì ne costituisce solamente una modalità. Il trattamento penitenziario deve tendere, anche per gli imputati, al reinserimento sociale, posto che il – pur limitato nel tempo – periodo di detenzione cautelare ha creato una frattura tra il soggetto e la società, fermo restando che è solo nei confronti dei condannati che l’istituzione può permettersi un’offerta di tipo rieducativo, come sancito dall’ultimo comma (“Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva”). Si aprirebbe così un doppio rapporto da genere a specie: il trattamento penitenziario è un primo genere che si specifica sia nel trattamento risocializzante che in quell’insieme di principi – primo tra tutti la conformità a umanità e il rispetto della dignità della persona di cui al comma 1 – che regolano la vita penitenziaria pur senza tendere segnatamente a ricomparla con quella libera. Il trattamento risocializzante, rivolto tanto ai condannati quanto agli imputati, costituisce a propria volta un genere se lo guardiamo in relazione al trattamento rieducativo, rivolto ai soli condannati, che lo specifica. Ciò in accordo con il primo articolo del RE della legge, dal titolo “Interventi di trattamento”, che prevede per gli imputati una “offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali” e, nel caso dei condannati, aggiunge ad essa (“inoltre”) la promozione di “un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale”.

Il trattamento risocializzante – a differenza di altre parti del trattamento penitenziario, che si ispirano a principi universali e validi per tutti allo stesso modo – “è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati”, come già affermato dalla vecchia legge per il solo trattamento rieducativo.

Della “Individualizzazione del trattamento” si occupa l’art. 13, anch’esso interessato dall’opera novellatrice. Come già scritto nel testo del ’75, il trattamento penitenziario (nella sua parte tesa al reinserimento sociale, co-

me chiarito sopra) “deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto”, cui si aggiunge oggi la necessità di “incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale”. A fronte della meritevole introduzione dell’ultima frase, che punta a qualificare l’offerta trattamentale – già concepita quale una semplice offerta che il detenuto può sempre rifiutare o ancor più come un diritto¹ rinunciabile² – come un’offerta declinata in relazione a disposizioni o scelte di vita attive effettuate in precedenza dal detenuto, si nota il permanere del riferimento ai bisogni della personalità piuttosto che a quelli della persona. A distanza di molti anni dalla scelta originaria di utilizzare questa parola, si sarebbe potuta cogliere l’occasione riformatrice per ripensare l’art. 13, fin dalla sua apertura, in chiave non medicalizzata. La personalità, quale nozione proveniente dalla psicologia e oggetto di dibattito all’interno della disciplina, mal si affianca all’idea universalista di dignità umana, che apre il vecchio come il nuovo OP e caratterizza ogni persona.

Allo stesso modo, si poteva ritornare sul concetto di “osservazione scientifica della personalità” che incontriamo nel comma successivo, per sostituirlo con una nozione meno oggettivante nei confronti del detenuto. Continua a trasparire anche dal nuovo testo una concezione della commissione del reato come sintomo di malattia, dove il trattamento interviene in chiave terapeutica. L’esperienza di oltre quattro decenni ha saputo mostrare come una tale visione clinica sia superabile e nei fatti superata. L’osservazione finalizzata al trattamento ha avuto i risultati migliori quando ha saputo consistere in una conoscenza della persona detenuta a tutto tondo, del suo contesto sociale di provenienza, dei suoi legami, dei punti deboli da proteggere e dei punti di forza da valorizzare. Una visione complessiva capace di leggere quelle sfumature che un’osservazione scientifica della personalità sembra inevitabilmente destinata ad appiattare.

Così come analogo appiattimento si intravede nella finalità di tale osservazione, che dovrebbe servire a “rilevare le carenze psicofisiche” (nel vecchio testo “fisiopsichiche”: si dà atto almeno che l’elemento psichico precede e sovrasta quello somatico). In altra direzione sembra invece andare la modifica delle parole a seguire. Oltre a tali carenze, infatti, l’osservazio-

¹ Vedi G. DI GENNARO, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 113; cit. in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, Cedam, Padova, 2015, p. 7.

² Vedi F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto, Annali II, Tomo II*, p. 795; cit. in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, Cedam, Padova, 2015, p. 7.

ne non deve più rilevare “le altre cause del disadattamento sociale” bensì eventualmente “le altre cause che hanno condotto al reato”. Il crimine non è necessariamente indice di un non ben definito disadattamento sociale, bensì il prodotto di una rosa variegata di cause nelle quali le carenze psicofisiche potrebbero adesso anche non rientrare (come testimonia la scelta del legislatore di sostituire la congiunzione “e” con la disgiunzione “o”). La nuova legge esplicita inoltre come l’osservazione della personalità debba servire a “proporre un idoneo programma di reinserimento”.

Il periodo successivo nel comma che stiamo commentando è interamente di nuova introduzione. Esso recita: “Nell’ambito dell’osservazione è offerta all’interessato l’opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione”. Si traspone qui a livello di norma primaria un’idea già presente nel RE, che all’art. 27 dedicato alla “Osservazione della personalità” parla di “riflessione sulle condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l’interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa”. Tale trasposizione vuole rispondere, per quanto concerne l’ambito intramurario, al criterio di delega sotto la lett. f), il quale chiedeva la “previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell’esecuzione delle misure alternative”.

L’osservazione della personalità, così caratterizzata, è compiuta all’inizio dell’esecuzione al fine di formulare il programma relativo al trattamento rieducativo ed è proseguita nel corso di essa al fine di aggiustare il programma medesimo alle eventuali nuove esigenze. Il nuovo testo introduce l’indicazione temporale secondo la quale la prima formulazione del programma “è redatta entro sei mesi dall’inizio dall’esecuzione” – restringendo dunque la previsione regolamentare che, sempre all’art. 27, la fissa a nove mesi – nonché la previsione esplicita che la cartella personale, completa anche del programma di trattamento, segua il detenuto in eventuali trasferimenti.

In adesione al nuovo periodo inserito nell’art. 13, al comma 1 dell’art. 15 dedicato agli “Elementi del trattamento” troviamo l’aggiunta, oltre che della formazione professionale, “della partecipazione a progetti di pubblica utilità”. Assieme a istruzione, lavoro, religione, attività culturali, ricreative e sportive, diventano questi ulteriori elementi di cui si avvale il trattamento del condannato e dell’internato (dunque il trattamento rieducativo).

Va sottolineato quindi come il periodo introdotto all'art. 13, pur nella sua formulazione generica che poteva sembrare poco effettiva, avrà conseguenze precise sul piano concreto della vita di ciascun condannato. Le possibili azioni di riparazione, verso la vittima e soprattutto verso la collettività, dovranno venire tradotte dal gruppo di osservazione e trattamento in azioni concrete che il detenuto sarà invitato a svolgere. La norma va letta in combinato con quella, introdotta all'art. 20-ter dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124 in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, sul "Lavoro di pubblica utilità", che prevede che il detenuto venga ammesso a prestare servizio a favore di amministrazioni dello Stato o altri soggetti a titolo volontario e gratuito.

L'OP, nella sua impostazione del 1975 così come ora, continua a qualificare non come diritti bensì come elementi del trattamento il lavoro, l'istruzione o addirittura la religione. Oggi aggiunge a essi il lavoro non retribuito, dove la volontarietà di aderirvi sarà ben difficilmente valutabile nel contesto penitenziario, che lo rende uno degli elementi in base al quale la magistratura di sorveglianza dovrà decidere sulla quantità di libertà da concedere alla persona. Vedremo se su questo avrà modo di pronunciarsi la Corte costituzionale, che ha già prodotto una giurisprudenza avanzata in tema di lavoro penitenziario³.

2. La permanenza fuori dalla cella

L'ordinamento riformato vede passare da due a quattro il numero di ore minimo durante le quali deve essere consentito a tutti i soggetti che non prestano lavoro all'aperto di permanere all'aria. Tale periodo di tempo può essere ridotto fino a due ore al giorno nel caso ricorrano giustificati motivi. Si raddoppia dunque anche questo ulteriore tempo minimo, che nella vecchia legge era pari a una sola ora, ma si modifica tuttavia la natura delle ragioni che possono dar vita alla riduzione. Se in passato essa era subordinata all'esistenza di "motivi eccezionali", oggi tali motivi è sufficiente che siano "giustificati", senza alcuna specificazione su ciò che vale come una giustificazione. Come esplicitato dalla relazione illustrativa, il nuovo aggettivo viene incontro alle preoccupazioni circa la supposta materiale impossibilità di garantire in tutti gli istituti una permanenza all'aperto di

³ Vedi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II edizione, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 68-72.

quattro ore quotidiane, aprendo alla possibilità che una loro riduzione avvenga a seguito di motivi strutturali e organizzativi e dunque non eccezionali.

Il comma 1 dell'art. 10 della legge, dedicato appunto alla "Permanenza all'aperto", oltre a vedere le modifiche appena menzionate incorpora alcuni concetti che prima erano lasciati al livello regolamentare. Si afferma innanzitutto che l'eventuale riduzione dei tempi di permanenza all'aperto è disposta "con provvedimento del direttore dell'istituto". Ma non vi è qui, rispetto alla corrispondente frase del RE che si ritrova al comma 3 dell'art. 16, la specificazione che tale provvedimento deve essere "motivato". Si afferma poi che "Il provvedimento è comunicato al provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria e al magistrato di sorveglianza", riproducendo in maniera quasi letterale la disposizione regolamentare che conclude il medesimo comma. Il solo concetto di quest'ultimo che non viene trasposto nella legge è quello per cui la riduzione in oggetto, "dovuta a motivi eccezionali, deve essere limitata a tempi brevi". Potendo oggi addurre elementi strutturali, tale riduzione può durare potenzialmente per sempre, aprendo la strada – attraverso un provvedimento deciso dal solo direttore – alla possibilità che in alcuni istituti il numero delle cosiddette ore d'aria non venga accresciuto dall'attuale riforma.

Anche il comma 4 dell'art. 16 del RE viene incorporato nel comma 1 dell'art. 10 della legge, trasponendo così a livello di norma primaria la disposizione secondo la quale "gli spazi destinati alla permanenza all'aperto devono offrire possibilità di protezione dagli agenti atmosferici". Le disposizioni finanziarie del decreto di riforma prevedono che a tale scopo – unitamente a quello della retribuzione di mediatori culturali e interpreti, le nuove figure di cui l'amministrazione penitenziaria potrà avvalersi per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento come da art. 80 – si autorizzi la spesa di 2.490.000 euro per ciascuno degli anni 2018 e 2019 e di 1.440.000 euro annui a decorrere dall'anno 2020, gravando sul fondo istituito dalla legge di bilancio 2018 presso il Ministero della Giustizia per far fronte all'attuazione delle disposizioni di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103 che, tra le altre cose, contiene la delega per la riforma dell'OP.

A fronte di un aumento, seppur derogabile, delle ore garantite al detenuto all'aria aperta – pensate sostanzialmente, in accordo alle Regole Penitenziarie Europee, per essere dedicate all'attività fisica, come affermato dal comma 2 dell'art. 10 della legge – si è invece scelto, come ancora si esplicita nella relazione illustrativa, "di non esercitare il criterio di delega relativo alla c.d. sorveglianza dinamica". Quest'ultima è una modalità di sorveglianza che