

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

SOFIA CIUFFOLETTI

**Carcere e Antidiscriminazione.
Prime prove di tutela dei diritti a fronte
della (dimidiata) riforma
dell'ordinamento penitenziario**

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2019-2

Carcere e Antidiscriminazione. Prime prove di tutela dei diritti a fronte della (dimidiata) riforma dell'ordinamento penitenziario

Sommario

1. Introduzione. – 2. Tutela antidiscriminatoria e imparzialità dell'amministrazione. – 3. Protezione e separazione: l'art. 14 Ord. penit. e le strategie amministrative di riduzione del rischio. – 4. Dall'isolamento protettivo individuale alle sezioni protette promiscue. – 5. Vulnerabilità in contesto. – 6. Sul concetto di promiscuità: dal problema alla soluzione e di nuovo al problema. – 7. Separazione, protezione e trattamento, una triade di difficile composizione. – 8. La discriminazione secondaria. – 9. Antidiscriminazione e dignità. – 10. Conclusione.

Abstract

L'Autrice commenta l'Ordinanza Magistrato di Sorveglianza di Spoleto n. 2018/2407 del 18 dicembre 2018.

The author illustrates and comments on the judgement issued by the Magistrato di sorveglianza di Spoleto on Dec. 18th 2018, n. 2018/2407.

1. Introduzione

La scultura, diceva Michelangelo, si fa “per via di levare”¹. Le leggi non sono sculture e forse “come le salsicce, cessano di ispirare rispetto nella misura in cui sappiamo come sono fatte”². Leggendo il risultato normativo del lungo percorso che ha portato l'Italia a varare una (sorta di) riforma dell'ordinamento penitenziario³, queste due citazioni tornano alla mente e per ritrovare, tra sculture e

* Borsista di ricerca in Filosofia del Diritto, Università di Firenze e ricercatrice Centro di Ricerca Interuniversitario ADIR.

1 Nella Lettera a messer Benedetto Varchi, cfr., G. Milanese (a cura di), *Le lettere di Michelangelo Buonarroti pubblicate coi Ricordi ed i contratti artistici*, Le Monnier, Firenze 1875.

2 La frase, spesso erroneamente attribuita a Otto von Bismark, è invece di John Godfrey Saxe, come citata nel *Daily Cleveland Herald* (29 March 1869). Sulla disputa attributiva Fred R. Shapiro, "Quote... Misquote" in *The New York Times* (21 July 2008).

3 A partire dalla legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) e a seguito dei lavori degli Stati Generali dell'esecuzione penitenziaria la Commissione Giostra - Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo

salsicce, il filo del diritto e dei diritti è necessario rivolgersi a chi queste leggi deve interpretarle.

Se è vero, infatti, che la riforma dell'ordinamento penitenziario è stata definita secondo uno spettro che va dalla 'mancata' (riforma) alla 'contro' (riforma)⁴ ed ha a tal punto tradito l'intento iniziale (e

- complesso, elaborava una relazione e un articolato (https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Giostra_relazione_articolato_riforma_ordpenitenziario_19lug2017.pdf), confluito nello schema di decreto A.G. 17 (http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0017.pdf&leg=XVIII#pagemode=none) su cui le Commissioni di Camera e Senato hanno espresso parere contrario. L'ultimo giorno utile per l'esercizio della delega, il 3 agosto 2018, il Governo Conte, avvalendosi della facoltà di proroga contenuta nel comma 83 dell'articolo unico della l. 103/2017, ha trasmesso alle Camere un nuovo schema di decreto legislativo, A.G. 39, con il quale il Governo, espressione della nuova maggioranza parlamentare, ha avviato un nuovo procedimento di esercizio della delega, per pervenire così ad un "testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente con conseguente superamento dell'assetto complessivo della riforma". Procedimento che si è concluso con l'approvazione del d. lgs. 123/2018 (oltre ai decreti legislativi 121/2018 sull'ordinamento penitenziario minorile e 124/2018 su vita detentiva e lavoro penitenziario)
- 4 Si vedano, *inter alia*, M. Bortolato, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, http://www.questionegiustizia.it/articolo/luci-ed-ombre-di-una-riforma-a-meta-i-decreti-legislativi-123-e-124-del-2-ottobre-2018_09-11-2018.php: "Di quella grande "consultazione sociale", che ha coinvolto oltre 200 esperti di carcere e di esecuzione penale, l'attuazione della legge delega costituiva la logica conclusione e un'occasione unica per contrastare la manipolazione delle paure e la creazione artificiosa di fobie di insicurezza, tornate oggi molto in voga. La riforma che molti attendevano, prima di tutto i detenuti, tentava di realizzare, certamente in maniera imperfetta ed incompiuta, i due principi del finalismo rieducativo e dell'umanizzazione della pena, così ben scolpiti nell'articolo 27 Cost. tanto che in un'unica disposizione vengono racchiuse le due principali anime della nostra Carta: l'istanza personalistica (principio di umanità) e quella solidaristica (principio rieducativo). A tre anni e mezzo dall'inizio di quell'esperienza (gli Stati generali erano stati inaugurati il 19 maggio 2015 nel carcere di Bollate, luogo divenuto di per sé simbolo di una rieducazione sempre "possibile") mai come oggi la verità è espressa dal celebre verso oraziano: *parturient montes, nascetur ridiculus mus* (le montagne avranno le doglie del parto, nascerà un ridicolo topo). L'evento è stato di gran lunga inferiore alle attese: lo Stato non ha saputo mantenere la sua promessa."; A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6317-riforma-dell-ordinamento-penitenziario-le-novita-in-materia-di-assistenza-sanitaria-vita-detentiva>: "Come precisato espressamente nella già citata Relazione, il nuovo testo è contrassegnato dalla "scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi" (lettere b), c) ed e) del comma 85 della legge delega). Emerge però dalla lettura dei nuovi testi che sono anche altre le parti della legge delega che il Governo, pur senza averlo dichiarato espressamente, ha scelto di non esercitare: si pensi, ad esempio, alla mancata attuazione del criterio di legge delega relativo al potenziamento dell'assistenza psichiatrica, di cui si dirà a breve, o quello relativo al diritto all'affettività delle persone detenute e internate (criterio questo, a dire il vero, al quale già il precedente Governo aveva scelto di non dare attuazione)... Complessivamente, più che ad un "testo diverso", rispetto a quello licenziato dal precedente Governo, la sensazione è di essere davanti ad una versione ridotta di quello stesso testo, dal quale sono state eliminate le disposizioni che avrebbero consentito una riforma sostanziale, e non solo di facciata, del sistema penitenziario."; E. Dolcini, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6332-carcere-problemi-vecchi-e-nuovi>, "Dei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 e n. 124), colpisce soprattutto quello che non c'è: nulla per eliminare preclusioni e automatismi relativi all'accesso ai c.d. benefici penitenziari; nulla per valorizzare e meglio coordinare fra loro le misure alternative alla detenzione; nulla nella direzione di un approccio più adeguato alle situazioni di disagio psichico di detenuti e internati; nulla (o poco più di nulla) in materia di affettività dei detenuti.", Id., "La pena ai tempi del diritto penale illiberale", in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7119-dolcini2019a.pdf>, "Nella riforma penitenziaria Conte-Bonafede (d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124) ben poco rimane del disegno di riforma Orlando: sono state conservate preclusioni e automatismi relativi all'accesso ai c.d. benefici penitenziari; non si è fatto nulla per valorizzare e meglio coordinare fra loro le misure alternative alla detenzione; nulla (o poco più di nulla) in materia di affettività dei detenuti; nulla per un approccio più adeguato alle situazioni di disagio psichico di detenuti e internati: non si è in nessun modo potenziata

soprattutto la necessità di rispondere, in fase di esecuzione, alla sentenza pilota della Corte Europea dei Diritti Umani nel caso *Torreggiani*⁵) da porre ineluttabilmente il tema della riapertura di un “fascicolo Italia” a Strasburgo sui temi del sovraffollamento e delle condizioni detentive nella prospettiva degli articoli 3 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti Umani, pure è vero che la fortuna (o la nemesi) del diritto sta nel fatto che deve essere interpretato. Qualcuno l’ha definita la “magia del diritto”⁶, considerando che non solo dalle buone intenzioni nascono buoni risultati e che talvolta i giudici possono ergersi a baluardo dei diritti, proprio a partire da testi che sembrano poveri, vuoti o addirittura dichiaratamente restrittivi.

L’ordinanza in commento si presenta come uno degli interventi di vivificazione delle formule residue del ‘nuovo’ ordinamento penitenziario, ossia di quello che è rimasto (forse perché considerato prettamente declaratorio e relativamente innocuo) nell’opera “per via di levare” sul testo scaturito dalla Commissione Giostra⁷.

Il tema è quello delle pretese antidiscriminatorie che le detenute e i detenuti ristretti nelle patrie

l’assistenza psichiatrica negli istituti di pena, come previsto nella legge-delega, ma addirittura si è operato in senso opposto, fra l’altro eliminando dal testo del nuovo art. 11 ord. penit. la previsione secondo la quale «ogni istituto. dispone... dell’opera di almeno uno specialista in psichiatria» (art. 11 co. 1 ord. penit., v.t.). ... In definitiva, quella che poteva essere una riforma di ampio respiro si è ridotta ad una sorta di restyling: meglio di niente, forse, ma davvero poca cosa”; Mozione di Magistratura Democratica su Pena e carcere, XXII Congresso nazionale di MD, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 marzo 2019: «Le norme recuperate dal progetto originario della riforma con i recenti Decreti Legislativi dell’ottobre 2018 sono poca cosa rispetto a quello che la riforma rappresentava, tanto da poter dire che il sistema dell’esecuzione penale – significativamente inciso da leggi che via via nel tempo hanno introdotto automatismi e preclusioni nell’esplicito intento di limitare il vaglio discrezionale sui percorsi individuali di recupero da parte della magistratura – rimane ancora uguale a sé stesso».

- 5 La necessità di ripensare all’impianto ordinamentale penitenziario italiano, infatti, in particolare per ciò che attiene all’ampliamento dell’accesso alle misure alternative, è stata diretta conseguenza della fase di esecuzione della condanna nella procedura pilota *Torreggiani* (Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, [GC], nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09 *et al.*) ed è stata presentata nel *Consolidated report on the Execution of the ECHR Judgment Torreggiani and Others v/Italy*, 20/11/2015 come una iniziativa volta a potenziare l’Action Plan presentato dall’Italia: “As already mentioned, this broad consultation, involving more than 200 representatives, under the leadership of a committee of experts, was called “Stati generali dell’Esecuzione penale” [General Assembly on the enforcement of sentences]. The Execution of the Pilot Judgment *Torreggiani and Others v. /tafia* (final 27 May 2013) scheduled duration of this consultation is six months: from May to November 2015. The outcome of the consultation will be announced in a national initiative to be held in January 2016. The motivation and structure of the “Stati Generali” can be summarized in the following three points: Parliament is debating a bill delegating the government to take action, by decrees, to be defined according to established criteria, on 9 aspects of the current prison rules and on the setting up of prison rules for juveniles (which do not exist at present). This bill passed the lower House of the Parliament and now will be examined by the Senate for final approval; “discussion panels” were set up, mainly dealing with the 9 points of the said bill: they include prison structure, life in prison, health protection, affection and the relationship with family members, detention of aliens, sports and theater as part of prison treatment, education and vocational training, work etc. Each “discussion panel” consists of 10-12 members, with the skills and expertise mentioned above, to discuss the different aspects of the enforcement of sentences (the list of topics covered is given below). Each panel participated in video-conference meetings on an ad hoc online platform, heard also prisoners, visiting a detention facility of its choice, relevant in relation to the topic addressed. Each panel will produce a summary document of its work by the end of this month and the Select Committee of experts will bring all the documents together in a uniform text and present it at a major public initiative in January 2016”.
- 6 L’espressione è di Emilio Santoro, citata tante volte nelle sue lezioni, non ne trovo, devo ammetterlo, una formalizzazione scritta.
- 7 Commissione Giostra - Commissione per la riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso, Relazione e articolato (https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Giostra_relazione_articolato_riforma_ordpenitenziario_19lug2017.pdf).

galere potevano vantare già prima dell'intervento legislativo attuato con il d.lgs. 123/2018, in forza della normativa interna (in particolare dell'art. 3 della Costituzione), sovranazionale e internazionale, ma che viene esplicitato ulteriormente con l'intervento *de quo* e allargato ai cosiddetti *grounds* (o fattori) di discriminazione legati a sesso, identità di genere e orientamento sessuale, quando i fattori classici presi in considerazione dall'ordinamento *ante* riforma erano, testualmente: "nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose".

In questo nuovo orizzonte si pone l'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Spoleto⁸ che legge nella prospettiva del principio di effettività delle tutele il nuovo "diritto antidiscriminatorio penitenziario" inserito con le novelle di cui al d. lgs. 123/2018. L'ordinanza ci permette di ripercorrere le tappe che hanno portato l'amministrazione penitenziaria a costruire il sistema di gestione delle vulnerabilità nel contesto carcerario e a passarlo al vaglio della nuova normativa scaturita dalle previsioni superstiti nella vicenda che ha portato all'approvazione della "riforma" del 2018.

D'altronde il caso, nella sua dimensione fattuale, disvela in maniera icastica l'ambiguità insita proprio nel sistema tradizionale di gestione delle vulnerabilità tramite "sezioni protette promiscue". Il reclamante, infatti, agisce con lo strumento del ricorso preventivo di cui all'art. 35 bis Ordine Penitenziario⁹ (d'ora in poi Ord. penit.) lamentando la lesione del proprio diritto a non essere (doppiamente) discriminato. Infatti, a seguito di dichiarazione del proprio orientamento sessuale omosessuale, il reclamante veniva inserito all'interno della sezione definita "protetti-promiscua" della Casa Circondariale di Terni. A fronte di questa scelta autonoma dell'amministrazione penitenziaria, il reclamante articola due doglianze correlate: da un lato lamenta potenziali prevaricazioni dovute alla promiscuità della sezione protetta, che non lo mette al riparo da, ma anzi favorisce, atti discriminatori perpetrati in ragione del proprio orientamento sessuale. Dall'altro, il detenuto denuncia la scarsità di opportunità trattamentali dovuta alla rigida separazione spaziale e sociale, imposta a fini protettivi dalla logica tradizionale delle cosiddette "sezioni protette".

Dinanzi a questa plastica rappresentazione, l'Istituto penitenziario si difende asserendo con una nota "che l'interessato non ha fatto richiesta di prendere parte alle attività previste per la sezione protetta: un corso di pittura o la scuola, né ha fatto domanda per svolgere eventuali lavori intramurari" e affermando contraddittoriamente che, da un lato, "si sta pian piano ambientando con i compagni", dall'altro sta "isolandosi dal contesto, ad eccezione del tempo che trascorre in palestra".

Il Provveditorato regionale, da parte sua, dando atto dell'impossibilità di trasferire il detenuto in istituto più idoneo, aggiunge che una eventuale dichiarazione dell'interessato di voler fuoriuscire dal circuito protetto dovrebbe essere valutata dall'équipe trattamentale "al fine di verificare la possibilità di reinserire il soggetto in circuito ordinario".

Prendiamo le mosse da queste considerazioni fattuali per analizzare, da un lato, il tradizionale modello di gestione delle discriminazioni potenziali all'interno del contesto carcerario e dall'altro la nuova prospettiva antidiscriminatoria penitenziaria.

Vedremo come la tensione tra il novellato dato normativo e la strategia classica di gestione amministrativa costituiscano il cardine argomentativo della ordinanza di accoglimento del reclamo ex art. 31 bis Ord. Penit. da parte del Magistrato di sorveglianza di Spoleto.

⁸ Ordinanza Magistrato di Sorveglianza di Spoleto n. 2018/2407 del 18 dicembre 2018.

⁹ Anche questo strumento di recente introduzione, impostoci dalla Corte Europea a seguito della vicenda della sentenza pilota nel caso *Torreggiani*, cit.

2. Tutela antidiscriminatoria e imparzialità dell'amministrazione

Vale la pena notare, sulla scorta delle riflessioni classiche di Fassone, che la dicitura dell'art. 1 dell'ordinamento penitenziario segna una prospettiva antidiscriminatoria peculiare, tutta inquadrata sul versante dell'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione.

Non costituisce sterile esercizio di memoria richiamare le riflessioni di Elvio Fassone sull'ordinamento penitenziario all'alba della riforma del '75 (Fassone scriveva, infatti, a quattro anni dall'introduzione dell'ordinamento penitenziario del 1975), nella prima alba della riforma penitenziaria del 2018.

“Il carcere è refrattario all'impero della legalità¹⁰” dice Fassone e difatti l'architrave dell'intero edificio della riforma del '75 verteva non solo sulla possibilità di esercitare i diritti, ma anche sull'effettività della tutela offerta dall'ordinamento e sulla legittima aspettativa che l'organo giurisdizionale competente a decidere sui diritti avesse la forza di imporsi sulla parte inadempiente.

In particolare, su questa scommessa, che innerva tutta la struttura dell'ordinamento del 1975 (di quell'età della riforma, insomma, che tenta di superare tendenzialmente il limite intrinseco costituito dallo scacco del carcerario) si gioca la sorte del diritto e dei diritti nel penitenziario.

La scommessa è rimasta a lungo pregiudicata su entrambe le dimensioni, anche a fronte dei vari richiami della Corte Costituzionale¹¹. Solo grazie alle vicende che hanno visto l'Italia sul banco degli accusati per la violazione dell'articolo 3, divieto di trattamenti disumani e degradanti e dell'art. 13, mancanza di un rimedio effettivo (nella saga sul sovraffollamento e condizioni detentive disumane e degradanti, con la sentenza *Sulejmanovic*¹² e con la procedura pilota attivata in *Torreggiani*¹³) davanti alla Corte Europea dei Diritti Umani, il tema dei diritti e dei rimedi¹⁴ in ambito penitenziario è entrato

10 E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 155.

11 Si veda Corte cost., sent. 26/1999, §3.1: “...Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere (sentenza n. 212 del 1997). L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sentenza n. 18 del 1982): un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione”. Si veda, poi, la giurisprudenza della Corte Costituzionale che cerca di costruire un orizzonte di effettività a partire dal dato normativo esistente, costituzionalmente interpretato, e risultante dal combinato disposto degli articoli 35, 14 ter e 69 Ord. penit., in particolare Corte costituzionale, sentenza n. 526/2000 e infine, in piena vicenda *Torreggiani*, il tentativo estremo della Corte costituzionale in Corte costituzionale, sentenza n. 135/2013.

12 Corte Edu, 14 Dicembre 2006, *Sulejmanovic c. Italie*, n. 22635/03.

13 Corte Edu, *Torreggiani*, cit.

14 La prospettiva della connessione sistematica tra diritti e rimedi ci appare in tutta la sua rilevanza se osservata attraverso il prisma interpretativo della comparazione tra sistemi giuridici di *common law* e di *civil law*. Tradizionalmente esiste una differenza strutturale tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* nell'interpretazione del rapporto tra diritti e rimedi. Nel *common law*, il concetto di rimedio è profondamente radicato nel pensiero e nel discorso giuridico. In questa prospettiva, i rimedi hanno svolto un ruolo centrale e preminente rispetto ai diritti astratti. Come si è detto, ciò è dovuto, in gran parte, al sistema tecnico-processuale noto come "*writ system*", che ha governato la procedura civile inglese per circa 700 anni e fino all'Ottocento. Le caratteristiche procedurali dei diritti possono essere considerate uno strumento essenziale per la tutela di diritti sostanziali, tanto che nel *common law* si può dire che esista un diritto soggettivo in quanto esiste un *writ* che lo rende operativo. Questo rapporto interno e profondo tra rimedi e diritti è in diretta contiguità con la famosa massima latina:

finalmente nella prospettiva nazionale e ha visto nascere due rimedi, pienamente giurisdizionalizzati, di tutela preventiva (art. 35 bis Ord. penit.) e “risarcitoria” (dovremmo ormai dire indennitaria¹⁵) (art. 35 ter Ord. penit.).

Qui sta il cuore della nuova prospettiva dei diritti nell’ambito penitenziario. Qui insomma sta la differenza tra l’orizzonte, pur pieno di speranze, che segue la riforma del 1975 e quello, a prima vista meno roseo, della “riforma” del 2018. Il gioco si fa duro e i diritti vengono per la prima volta “presi sul serio” nel momento in cui si dispone di uno strumento per farli valere di fronte alle corti.

Tornando all’impostazione della tutela antidiscriminatoria, dicevamo che già Fassone notava come la prospettiva dell’ordinamento non vada nel senso dell’uguaglianza di tutti gli appartenenti all’istituzione penitenziaria, ma in quella dell’imparzialità dell’azione dell’amministrazione pubblica. La chiosa di Fassone è icastica (e amara): nella prospettiva dell’Ordinamento penitenziario “conviene accontentarsi di quella uguaglianza parziale che è l’imparzialità”. Il rilievo non è privo di conseguenze se consideriamo che la sfera dell’imparzialità tutela e garantisce in primo luogo il corretto perseguimento dell’interesse pubblico. La versione tradizionale dell’imparzialità amministrativa si situa dunque nel solco dell’equidistanza dell’amministrazione da elementi distinti dall’interesse pubblico primario, che rappresenta l’obiettivo centrale dell’azione amministrativa. Gli interessi ulteriori (gli interessi pubblici secondari e gli interessi privati) dovrebbero quindi essere considerati “in modo obiettivo ed equanime, neutralizzando la pressione degli interessi diversi da quelli istituzionalmente preposti all’esercizio della funzione¹⁶”.

Eppure, già Barile¹⁷ notava che l’imparzialità ha un effetto di garanzia delle posizioni dei privati, posto che essi acquisiscono il diritto a essere tutelati, nell’esercizio della funzione pubblica, attraverso i principi di *par condicio* e non discriminazione.

L’ordinanza in commento dimostra come la tutela giurisdizionale dei diritti individuali delle persone detenute sia capace di recuperare l’orizzonte costituzionale e costituzionalizzante, convertendo l’imparzialità in vera e propria tutela antidiscriminatoria.

"ubi ius ibi remedium; ubi remedium ibi ius" evocata dall'affermazione di Blackstone secondo cui: “[i]t is a general and indisputable rule that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit or action at law whenever that right is invaded” (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 23, Oxford, 1768, rep. London, 1966). I paesi di *civil law*, al contrario, adottano una concezione opposta, intendendo in modo gerarchico il rapporto tra diritto individuale e forma di azione. I diritti individuali sono la proiezione della norma legislativa, la cui attuazione è la logica conseguenza della loro stessa creazione. In questo contesto, l’azione non costituisce nient’altro che la realizzazione nel processo della legge e viene concessa quando esiste un diritto. È quindi il diritto individuale che determina l’ampiezza e il contenuto della tutela giudiziaria. Cfr. U. Mattei, *Diritto e rimedio nell’esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in *Quadr.*, 1987, p. 341 ss, R. David, *A Law of Remedies and a Law of Rights in English Law and French Law*, Stevens & Sons, London, 1980.

15 A seguito dell’intervento delle Sezioni Unite nella sentenza Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 30 gennaio 2018 (dep. 8 maggio 2018) n. 11018, Pres. Mammone, Est. Curzio, appare chiaro che, nonostante la lettera della legge faccia riferimento al “risarcimento dei danni”, si sia in realtà in presenza di un indennizzo, poiché mancano gli elementi tipici del risarcimento ovvero il rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica nonché la valutazione del profilo soggettivo.

16 G. Gardini, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003.

17 G. Barile, *Il dovere di imparzialità dell’Amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, Padova, Cedam, 1958, nonché M.S. Giannini., *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 91.

3. Protezione e separazione: l'art. 14 Ord. penit. e le strategie amministrative di riduzione del rischio

Storicamente l'intera costruzione ordinamentale penitenziaria italiana poggia sull'articolo 1 nelle due dimensioni interrelate della personalizzazione e del trattamento e rappresenta "la più emblematica svolta ideologica operata dal legislatore del '75 rispetto al vecchio modo di intendere la posizione del detenuto (del detenuto, ma anche, fatte le debite differenze, del condannato) all'interno dell'universo carcerario"¹⁸. Si tratta invero, come affermato da Fassone¹⁹, di un ribaltamento dei termini del rapporto tra individuo e potere pubblico rispetto al previgente regolamento del 1931, nella prospettiva della costituzionalizzazione del carcerario.

Eppure, proprio su questa operazione e in relazione a uno dei principi cardine dell'ordinamento costituzionale, il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, nel testo del 1975 cala la scure di una pesante censura. Nel secondo comma dell'art. 1, infatti, tra i fattori di discriminazione vietati non compare quello del sesso, già presente, invece nel testo costituzionale²⁰. L'assenza di un criterio così significativo e ormai fondante nell'ideologia normativa condivisa della cultura e della retorica giuridica intorno ai diritti umani a livello internazionale²¹ non può considerarsi come una mera svista, ma appare piuttosto una precisa scelta legislativa. Si può ipotizzare, con Fassone che "se con l'omissione si vuole evidenziare che il trattamento delle donne è cosa diversa da quello degli uomini, si dice cosa tanto ovvia quanto inesatta, poiché da un lato si interpreta il trattamento in un'accezione empirica che contrasta con il valore tecnico che tutta la legge gli dà, e dall'altro lato si codificano delle differenze di condizione materiale che non hanno alcun bisogno di essere formalizzate"²². Le differenze, infatti, sono parte costitutiva dell'uguaglianza, che non le annulla, ma le protegge.

D'altra parte, come ricordato, oltre al sesso, la norma ometteva di considerare la questione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Dimensioni della diversità (da tutelare attraverso il principio di uguaglianza) ben più problematiche rispetto al sesso. Se, infatti, la questione sessuale viene risolta, nell'ambito penitenziario attraverso la tecnica della segregazione sessuale binaria di tipo

18 V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2006. Si veda anche l'ultima edizione dell'opera, uscita nel 2019.

19 E. Fassone, *op. cit.*

20 Significativamente anche il criterio della lingua rimane fuori (invero a tutt'oggi) nel testo dell'art. 1 Ord. Penit., in questo segnando negativamente una delle dimensioni più problematiche nell'accesso alla tutela dei diritti all'interno delle patrie galere che, a fronte di una crescente popolazione penitenziaria di origine straniera, non prevedono l'istituzione di figure stabili, obbligatorie e numericamente adeguate di mediatori culturali e interpreti linguistici. Viene, d'altra parte inserito il criterio della nazionalità e quello delle condizioni economiche, assenti nel testo dell'art. 3 della Costituzione (le condizioni economiche vengono fatte rientrare nelle condizioni personali e sociali per consolidata giurisprudenza). È d'uopo notare che il fattore del sesso è, invece, presente fin dal testo del 1987 delle Regole Penitenziarie Europee che, all'art. 2 così affermavano: "Le regole devono essere applicate imparzialmente. Non si deve operare alcuna discriminazione per razza, colore, sesso, lingua, religione, opinioni politiche o di altro tipo, origini sociali o nazionali, nascita, condizione economica o di altro tipo. Le credenze religiose e i principi morali del gruppo al quale appartiene il detenuto devono essere rispettati".

21 Si pensi alla riflessione intorno ai diritti delle donne e alla seconda ondata di femminismo che investe anche l'Italia proprio a partire dai gruppi femministi del '68 (Cfr. T. Bertilotti, A. Scattigno, *Il femminismo degli anni settanta*, Roma, Viella, 2005, A. Seroni, *La questione femminile in Italia 1970-1977*, Roma, Editori Riuniti, 1977), così come la letteratura giuridica e criminologica sulla devianza e sulla detenzione femminile, ben ricostruita in T. Pitch, *La detenzione femminile: caratteristiche e problemi*, in E. Campelli, F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch (a cura di), *Donne in carcere, ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Feltrinelli, Torino, 1992.

22 E. Fassone, *op.cit.*, p.

obbligatorio²³, al contrario ogni riferimento alla rottura del binarismo sessuale o alla complessità delle autoidentificazioni, come l'orientamento sessuale o l'identità di genere, avvicinano pericolosamente il sistema penitenziario a quel crinale sottaciuto (perché non riconosciuto e non riconoscibile, non 'oggetto' di trattamento) che non è solo l'atto sessuale, la relazione fisica, ma anche l'amore, l'affetto e, in ultima analisi, la dignità personale che in queste emozioni si esplica, dimensioni ricomprese, nel gergo amministrativo, nel termine (con accezione negativa propria) 'promiscuità'²⁴, utilizzato dall'amministrazione penitenziaria come dimensione di potenziale rottura dell'equilibrio segregante.

In questo senso l'amministrazione penitenziaria e il legislatore italiano assumono l'eterosessualità come la norma. La segregazione per sesso perpetrata dalle politiche penitenziarie a livello globale, d'altra parte, ci mette di fronte al paradosso di micro-comunità monosessuali in cui i comportamenti di affettività o sessualità omosessuale sono presenti e per lungo tempo sono stati gestiti attraverso strategie di "riduzione del rischio di promiscuità" giocate sul fronte dell'allocazione delle persone detenute.

Che la questione si sia tradizionalmente posta nei termini del mantenimento della sicurezza interna (latamente intesa) nell'ottica dell'amministrazione penitenziaria, piuttosto che come questione di diritti e di tutela antidiscriminatoria lo dimostra il fatto che il tema dell'omosessualità (ma lo stesso discorso potremmo farlo, con diversi significati, per ciò che riguarda l'identità di genere²⁵) si sia sempre posto, in ambito penitenziario, come questione maschile²⁶, sulla base dell'assunto per cui "sebbene vi

23 Cfr. D. Cohen, "Keeping Men and Women Down: Sex Segregation, Anti-Essentialism, and Masculinity", in *Harvard Journal of Law & Gender*, Volume 33, Numero 2, Estate 2010. Tale tecnica resiste nello spazio sociale del penitenziario nell'ambito militare e nella sfera dei bagni pubblici, cfr. il concetto di "segregazione urinaria" elaborato da Jacques Lacan (J. Lacan, *Ecrits*, Seuil, Paris, 1995).

24 Si vedano, a esempio, Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, *Le dimensioni dell'affettività* - Dispense ISSP n.3 (settembre 2013), in cui al termine 'promiscuità' si attribuiscono i seguenti significati contestuali, con una confusione di piani: "Infatti, la difficoltà di mantenere vivi i rapporti affettivi comporta che questi soggetti, dopo tanti anni di carcere, finiscono per perdere i sentimenti provati per le persone amate. Essi, a causa della promiscuità della vita carceraria di cui diventano spettatori, man mano che si adattano all'ambiente, vedono affievolirsi i loro freni inibitori e crollare i loro principi morali, lasciando che l'istinto incontrollato prevalga fino a giungere alle forme più basse di degradazione. In carcere, infatti, tutto cambia: i detenuti raccontano che, dopo un primo periodo in cui tutto si pensa meno che alla sessualità, comincia a farsi opprimere il desiderio, il bisogno di allentare le tensioni che si sono create nell'apparato fisico/biologico...anormale, cui vi appartengono quei detenuti che si sono abituati alla pratica omosessuale, fine a se stessa, vissuta quindi con consapevolezza e la cui maggior parte ha appreso questo comportamento sessuale attraverso i contatti con la cultura carceraria che, in questi individui, risulta essere largamente assimilata, a causa della promiscuità, del linguaggio scurrile ed osceno, delle narrazioni spesso fantastiche tra detenuti, riferite alla vita sessuale "predettiva", ai freni inibitori. I principi morali possono allentarsi e lasciare il posto ad un istinto incontrollato...Mentre la condizione di promiscuità delle celle nelle ordinarie sezioni, implica inevitabilmente condizionamenti e pressioni (per conforto fisico o ricerca di intimità) da parte di occasionali compagni di cella".

25 Il fenomeno di persone transgender in carcere è caratterizzato da una costante sovra-rappresentazione di persone transgender MtF (*Male to Female*) rispetto al fenomeno inverso della detenzione di persone transgender FtM (*Female to Male*). Si tratta, però, di una statistica difficile da elaborare. Ci si permette di rinviare a S. Ciuffoletti, A. Dias Vieira, *Reparto D: un tertium genus di detenzione? Case-study sull'incarceramento di persone transgender nel carcere di Sollicciano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1 (2015), pp. 159-207. Nella ricerca condotta per quello studio è apparso come tutti i casi di detenuti transgender FtM (non operati e non anagraficamente uomini), ristretti nel tempo a Sollicciano, siano stati trattati secondo un modello differenziale e posti in detenzione all'interno del reparto femminile, senza alcuna discussione in merito all'opportunità di collocarli nel reparto D, che si presenta, dunque, come un reparto esplicitamente dedicato alla detenzione di persone transgender di tipo MtF.

26 Le ricerche sui rapporti all'interno delle comunità monosessuali detenute si sono svolte principalmente sull'analisi del carcere maschile, così in G.M. Sykes, *The Society of Captives, A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton University Press, Princeton, 1958, con la distinzione classica di ruoli tra *wolves*, *fags* e *punks*, pp. 95 e ss. La riflessione sull'omosessualità

siano rapporti lesbici, essi sono meno appariscenti di quelli messi in atto dagli uomini, sono meno violenti e soprattutto tesi a formare delle relazioni pseudo familiari, che non creano motivi di disordine”²⁷.

L’ordinamento penitenziario ha, quindi, adottato politiche di allocazione basate sul dato normativo di cui agli articoli 14 Ord. penit. (oggetto anch’esso di riforma a seguito della novella di cui al d.lgs 123/2018) e 32 del Regolamento di esecuzione (DPR 230/2000, d’ora in poi Reg. esec.). Un’interpretazione sistematica dell’art. 14 Ord. penit., anche nel testo pre-riforma, permette di individuare correttamente la portata di una norma rubricata: “Assegnazione, raggruppamento e categorie dei detenuti e degli internati”; rubrica dal sapore tecnico-amministrativo o organizzativo²⁸, tanto è vero che giurisprudenza non troppo risalente poteva affermare che la ripartizione dei detenuti all’interno della struttura è riconducibile al potere discrezionale dell’amministrazione penitenziaria e non potrebbe essere, *ex se*, oggetto di reclamo, salvo che non si lamentino specifiche violazioni di legge²⁹. E invece la collocazione (il capo III dell’ordinamento penitenziario, dedicato al trattamento) permette di dare rilievo al legame funzionale tra assegnazione dei detenuti nelle sezioni e diritto al trattamento, cui fa riferimento l’art. 13 Ord. penit. sull’individualizzazione del trattamento.

Tale legame è stabilito nel primo comma dell’articolo 14 in cui si legge che il numero dei detenuti nelle sezioni deve essere tale da favorire un trattamento individualizzato. A corollario di ciò sta il principio dell’omogeneità e affinità del gruppo, contenuto nel secondo comma dell’art 14, basato sull’idea che l’assegnazione alle sezioni debba tenere conto della possibilità di effettuare un “trattamento comune” (individualizzato, quindi, potremmo dire...attraverso la socialità) e su quella (negativa) di evitare “influenze nocive reciproche”. Nulla di nuovo, dato che già le *Standard Minimum Rules* delle Nazioni Unite (ancora prima della revisione operata con le *Mandela Rules*) individuano la stretta connessione tra assegnazione dei detenuti, principio di ‘separazione’ e trattamento³⁰, reiterando l’idea

femminile istituzionale parte dalla riflessione di Margaret Mead che interpreta le relazioni omosessuali come un sostituto temporaneo per le relazioni eterosessuali (si tratta della cosiddetta *deprivation theory*, E. Freedman, “The Prison Lesbian. Race, Class and the Construction of the Aggressive Female Homosexual”, in *Feminist Studies*, 22, 397-422, J. M. Pollock-Byrne, (1990). *Women, prison, & crime*. Pacific Grove, California. Brooks/ Cole Publishing Co. Al contrario, K. Faith, 1993. *Unruly Women. The Politics of Confinement & Resistance*, Vancouver, Press Gang Publishers, introduce in concetto di *gender fluidity* che non riconosce ruoli prestabiliti e discute la tesi per cui le donne in carcere costruiscono relazioni e alleanze affettive e sessuali con altre donne in quanto liberate dalla competizione per il favore degli uomini. In questo processo di liberazione le donne non si scoprono soltanto libere di amare altre donne, ma anche di amare sé stesse (Faith, *op. cit.*, p. 214). Un interessante studio sociologico sul tema è rappresentato da Forsyth C. J., Evans R. D., Foster D. B., 2002, “An Analysis of Inmate Explanations for Lesbian Relationships in Prison”, in *International Journal of Sociology of the Family*, 30, 1, 66-77. Se si analizza, invece, la riflessione sul tema della omosessualità femminile su cui si basa l’amministrazione penitenziaria italiana, l’orizzonte è spostato sul fronte naturalistico: “Nelle sezioni femminili, le conseguenze derivanti dalla privazione delle relazioni presentano caratteristiche diverse. In effetti le donne, per loro natura e per condizionamenti culturali, non hanno la stessa ansia o tensione degli uomini per la privazione del sesso, essendo per lo più orientate verso manifestazioni di affetto, a vedere il sesso in funzione dell’amore e non viceversa”, Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, *Le dimensioni dell'affettività*, cit.

27 *Ibid.*

28 V. L. Cesaris, Commento art. 14, p. 158, in Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *op.cit.*

29 In tal senso Cassazione penale, sentenza del 16 ottobre 2008, n. 241563 *Bidognetti*.

30 Si veda il testo della Rule 63 delle *Standard Minimum Rules (SMR)*, adottate dal Primo United Nation Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders del 1955¹⁹⁵⁵ e approvato dall’Economic and Social Council con le risoluzioni 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957 e 2076 (LXII) del 13 maggio 1977, (adesso regola n. 89 delle *Mandela Rules*): “63. (1) *The fulfilment of these principles requires individualization of treatment and for this purpose a flexible system of classifying prisoners in groups; it is therefore desirable that such groups should be distributed in separate institutions suitable for the treatment of each group.* (2) *These institutions need not provide the same degree of security for every group. It is desirable to provide varying degrees of*

che un trattamento individualizzato è necessariamente anche un trattamento socializzante, un trattamento comune, insomma, come si esprime il nostro ordinamento penitenziario.

In questo senso appare particolarmente positiva la scelta di non 'inquinare' la riflessione intorno alla triade assegnazione, separazione, trattamento con il marchio delle esigenze di sicurezza (che d'altra parte ritroviamo all'art. 2 Reg. esec., laddove si afferma che la sicurezza costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità di trattamento), come, invece, sarà fatto nella prima formulazione del 1987 delle *European Prison Rules* che assegna alle regole di separazione e allocazione dei detenuti e delle detenute due obiettivi, quello della riduzione delle influenze nocive e quello della facilitazione del trattamento e della riabilitazione sociale bilanciato con le esigenze gestionali e di sicurezza dell'istituto³¹.

A fare da contraltare all'impostazione ordinamentale di cui all'art. 14 Ord. penit. sta l'art. 32 Reg. esec. che prevede la possibilità di individuare modalità di raggruppamento per motivi cautelari di tipo attivo e passivo. Sul fronte attivo, infatti, si prevede l'istituzione di apposite sezioni ove allocare detenuti e internati che per il loro comportamento facciano temere per l'incolumità propria o dei compagni. Sul fronte passivo (comma 3) è prevista la possibilità di separare i detenuti e detenute che presentino tratti di vulnerabilità che li possano esporre a aggressioni o sopraffazioni altrui. Per entrambe queste strategie di separazione si prevede la verifica periodica (semestrale per il caso della separazione cautelare attiva, "frequente" nel caso della separazione cautelare passiva) al fine di attestare il permanere dei motivi cautelari.

Sulla base delle disposizioni di cui all'art. 14 Ord. pen. e all'art. 32 Reg. esec., in particolare a tutela delle esigenze di separazione cautelare passiva, l'amministrazione penitenziaria aveva nel tempo strutturato la gestione delle vulnerabilità contestuali presenti in carcere attraverso lo strumento del cosiddetto isolamento protettivo continuo.

4. Dall'isolamento protettivo individuale alle sezioni protette promiscue

D'altra parte, l'isolamento protettivo in ambiti istituzionali e in particolare in carcere, è stato tradizionalmente utilizzato come strumento di gestione delle diversità e delle vulnerabilità contestuali a livello internazionale ed europeo³², contrabbandando una logica di esclusione ed emarginazione con ra-

security according to the needs of different groups. Open institutions, by the very fact that they provide no physical security against escape but rely on the self-discipline of the inmates, provide the conditions most favourable to rehabilitation for carefully selected prisoners. (3) It is desirable that the number of prisoners in closed institutions should not be so large that the individualization of treatment is hindered. In some countries it is considered that the population of such institutions should not exceed five hundred. In open institutions the population should be as small as possible. (4) On the other hand, it is undesirable to maintain prisons which are so small that proper facilities cannot be provided."

³¹ European Prison Rules (EPR), Raccomandazione No. R (87) 3 del Committee of Ministers (adottate il 12 Febbraio 1987): 12. *The purposes of classification or reclassification of prisoners shall be: a. to separate from others those prisoners who, by reasons of their criminal records or their personality, are likely to benefit from that or who may exercise a bad influence; and b. to assist in allocating prisoners to facilitate their treatment and social resettlement taking into account the management and security requirements*

³² Si veda lo studio di S. Shalev, "Solitary confinement: the view from Europe", in *Canadian Journal of Human Rights*, (2015) 4 e Id., *A Sourcebook on Solitary Confinement*, London, Mannheim Centre for Criminology, LSE, 2008. Il caso dell'Irlanda è, a livello europeo, uno dei più eclatanti. Secondo dati dell'Irish Prison Service, circa il 20% dell'intera popolazione detenuta irlandese è sottoposto a un regime di isolamento protettivo (Irish Prison Service, *Three Year Strategic Plan 2012-2015*, Longford, Ireland, 2012, §48). Questi dati sono riportati criticamente nel report del CPT relativo alla visita in Irlanda: Council of

gioni di sicurezza e protezione.

Il Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa (CPT) ha dedicato un report annuale alla questione dell'isolamento³³. Sul tema specifico dell'isolamento protettivo, il CPT afferma che gli Stati hanno due obbligazioni interrelate: da una parte l'obbligo di fornire un ambiente sicuro per chiunque si trovi in stato di detenzione; dall'altra l'obbligo (tendenziale) di adempiere a questo dovere consentendo la massima interazione sociale possibile tra detenuti. Il CPT accoglie qui quella visione di trattamento individualizzato socializzante che nel nostro ordinamento è espresso nella formula di "trattamento comune" all'interno dell'art. 14 Ord. penit.. In questa prospettiva, l'isolamento protettivo diventa una *last resort measure*, una misura di ultima istanza e la persona detenuta dovrebbe essere confinata in isolamento a scopo di protezione solo quando non vi è assolutamente alcun altro modo di garantire la sua sicurezza³⁴.

I casi di isolamento volontario o su richiesta ("*own request*" *solitary confinement*) dell'interessata o interessato impongono comunque un'analisi dettagliata da parte dell'amministrazione penitenziaria³⁵. Il CPT ritiene che tutte le alternative debbano essere passate al vaglio, attraverso una strategia di mediazione fra amministrazione e persona detenuta che tenga anche conto della possibilità di lavorare su programmi di "*assertiveness training*" (modelli di formazione all'assertività), oltre all'obbligo per l'amministrazione penitenziaria di illustrare le conseguenze dell'isolamento protettivo. In questa stessa ottica, che vede nell'isolamento protettivo una misura ambigua, anche quando è richiesto dalla stessa persona interessata, la decisione della persona di richiedere l'isolamento protettivo deve sempre poter essere revocata. La prospettiva di negoziazione viene mantenuta, nell'ottica del CPT, anche per chi viene posto in protezione contro la propria volontà e per ragioni di sicurezza propria o altrui. Questi dovrebbe avere diritto di svolgere una parte completa nella discussione della decisione e di offrire soluzioni alternative. In questi casi la decisione deve essere pienamente motivata, la persona deve essere avvisata e deve esserle illustrata la possibilità di un rimedio per la contestazione della misura. La decisione, inoltre, deve essere rivalutata su base regolare.

La tendenziale obbligazione a coniugare protezione e socialità ha portato il CPT a ritenere che l'amministrazione debba prevedere sempre la possibilità di associare le persone in protezione con altre persone e di approntare attività in comune in situazione di sicurezza³⁶.

Sul fronte della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani, il ricorso allo strumento dell'isolamento protettivo è stato affrontato a partire dalla considerazione relativa alla durata della misura che, se si protrae per più di qualche giorno, è soggetta allo "*strict scrutiny*" della Corte EDU. Le modalità di utilizzo dell'istituto dell'isolamento in funzione protettiva, infatti, possono ammontare a violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Nel *leading case* sul punto, *X v. Turkey*³⁷, un detenuto recluso in sezione comune, a seguito di una serie di atti discriminatori e vessatori da parte dei compagni di sezione, si dichiara omosessuale e chiede di essere posto in una sezione o cella con altri detenuti omosessuali. L'amministrazione penitenziaria risponde alla richiesta collocando il detenuto in isolamento "a fini protettivi" per un totale di otto mesi, precludendo le attività in

Europe, *Report to the Irish Government on the visit to Ireland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, CPT/Inf (2011) 3 at 34 [CPT (2011) 3].

33 CPT/Inf(2011)28-part2, *Solitary confinement of prisoners*, Extract from the 21st General Report of the CPT, published in 2011, reperibile presso: <https://rm.coe.int/16806cccc6>.

34 Ivi p. 3.

35 Ivi, p. 6.

36 Ivi, p.7.

37 Corte Edu, 9 ottobre 2012, *X v. Turkey*, n. 24626/09.

comune, le ore d'aria e ogni contatto con altri detenuti, residuando soltanto la possibilità dei colloqui mensili con l'avvocato e la partecipazione alle udienze. La Corte descrive questo regime non come isolamento sensoriale completo, né come isolamento sociale completo, ma come "isolamento sociale relativo" e tuttavia chiarisce che anche un riconosciuto e concreto rischio di abusi, se da una parte impone misure di precauzione (*security measures*), dall'altra non costituisce una ragione sufficiente per giustificare una misura di isolamento totale dagli altri detenuti. In conclusione, la Corte afferma che le condizioni di isolamento diurno e notturno cui è stato costretto per otto mesi consecutivi il ricorrente: "hanno causato allo stesso una sofferenza mentale e fisica e un sentimento di profonda violazione della propria dignità umana. Queste condizioni, esacerbate dalla mancanza di un rimedio effettivo, costituiscono un trattamento disumano e degradante, inflitto in violazione dell'Art. 3 della Convenzione"³⁸.

D'altra parte la situazione acquista rilievo anche sotto il profilo specifico della tutela offerta dalla cintura protettiva dell'art. 14 della Convenzione, ossia il principio antidiscriminatorio, in combinazione con l'art. 3 della Convenzione. La Corte reitera il principio per cui il margine di apprezzamento rimesso agli stati si restringe nei casi di trattamento differenziale in ragione del sesso o dell'orientamento sessuale. Quindi la Corte deve valutare se l'orientamento sessuale è stato il fattore decisivo e principale nella scelta di collocare il detenuto in isolamento protettivo e proprio il fatto di aver scelto una misura basata sulla segregazione e sull'impoverimento trattamentale, una misura immotivata e sproporzionata, fa propendere la Corte verso la decisione di violazione dell'art. 14. Da ciò consegue che: "una misura che esclude completamente il ricorrente dalla vita penitenziaria non può mai essere considerata giustificata"³⁹.

Sul piano interno, la questione della legittimità dell'isolamento individuale protettivo dovrebbe essere facilmente risolvibile tramite interpretazione sistematica: lo strumento gestionale dell'isolamento protettivo esula, infatti, dalle ipotesi di isolamento continuo tipizzate dall'art. 33 O.P. (isolamento per ragioni sanitarie, isolamento disciplinare, isolamento giudiziario) e governate dal principio di tassatività, e da quella prevista dall'art. 72 c.p. (isolamento come sanzione penale). La delimitazione di tali ipotesi assume funzione di divieto espresso, rivolto all'amministrazione penitenziaria, "di utilizzare sezioni o reparti di isolamento per casi diversi da quelli previsti dalla legge" (art. 73, comma VIII, reg. es.).

D'altra parte, in aperta lesione del principio di tassatività, ci sono ancora oggi casi, nelle sezioni o nei reparti destinati all'isolamento individuale continuo, di gestione a fini protettivi di persone condannate per particolari tipologie di reati, di persone che hanno esercitato funzioni pubbliche (in particolare gli appartenenti delle forze dell'ordine), in caso di affermazione di orientamenti sessuali o identità di genere o genericamente a fini di protezione, onde cioè evitare possibili minacce o violenze da parte degli altri ristretti.

Come sottolineato dalla dottrina:

Dal carattere tassativo dell'art. 33, almeno in riferimento ai casi di isolamento penitenziario, e dal carattere eccezionale dell'istituto si deducono sia l'inammissibilità di un regime di sorveglianza particolare (art. 14-bis ord. Penit.) connotato dall'isolamento continuo (cfr. Padovani, in Grevi, 1994, *contra*, però, Russo, in Flora, 43; al riguardo v., più ampiamente, sub art. 14-quater ord. Penit., §III); sia l'inammissibilità dell'isolamento con funzione pro-

³⁸ Ivi, "§51: *La Cour estime qu'en l'espèce, les conditions de détention du requérant en cellule d'isolement ont été de nature à lui causer des souffrances aussi bien mentales que physiques ainsi qu'un sentiment de profonde atteinte à sa dignité humaine. Ces conditions, aggravées par l'absence d'un recours effectif, s'analysent donc en un « traitement inhumain et dégradant » infligé en violation de l'article 3 de la Convention*", trad. mia.

³⁹ Ivi, §56, trad. mia.

tettiva, anche se richiesto dal detenuto. Quest'ultimo "strumento", non disciplinato dalla legge, ma purtroppo di frequente applicazione nella pratica, è finalizzato a prevenire aggressioni da parte della popolazione carceraria nei confronti dell'interessato (aggressioni causate, ad es., dalla natura del reato commesso o dalle funzioni esercitate nell'ambiente libero) (Canepa-Merlo, 161). In ambedue le situazioni le ragioni rispettivamente di sicurezza interna o personale dovranno essere salvaguardate, quando non sia possibile con altri accorgimenti, con il trasferimento dell'interessato in istituti o sezioni di istituti idonei, la costituzione dei quali è prevista dall'art. 14 ord. Penit.⁴⁰.

La dottrina aveva, dunque, da tempo sottolineato la lesione del principio di tassatività nei casi di isolamento individuale protettivo deciso discrezionalmente dall'amministrazione penitenziaria, ma anche nel caso del cosiddetto isolamento protettivo volontario, ossia quello richiesto dalla stessa persona detenuta. Su questo fenomeno, d'altronde, dovremmo fermarci a riflettere. Proprio il succitato caso *X. v. Turkey*, mostra che la richiesta di protezione non è anche, automaticamente, richiesta di isolamento individuale continuo, ma appunto richiesta di misure precauzionali. Come ricorda la Corte nel rilevare la violazione dell'art. 14 in connessione con l'art 3 della Convenzione (che esprime il principio antidiscriminatorio rispetto ai diritti sanciti nella Convenzione), il ricorrente, in *X. v. Turkey*, infatti, non aveva chiesto l'isolamento, bensì la possibilità di essere trasferito in una cella con altri detenuti omosessuali⁴¹. La scelta di gestire la richiesta di protezione tramite isolamento è sempre (o quasi) una scelta autonoma e discrezionale dell'amministrazione penitenziaria.

D'altra parte, la Corte Edu nella successiva decisione in *Stasi c. France*⁴², conclude per una non violazione dell'art. 3 da parte della Francia nel caso di un detenuto dichiaratosi omosessuale che aveva subito maltrattamenti da parte di altri detenuti, maltrattamenti che la Corte ritiene integrino la soglia dei trattamenti disumani e degradanti, ma non siano ascrivibili alla responsabilità dello Stato. In questo caso, infatti, la Corte valuta positivamente l'adempimento dello stato francese rispetto agli obblighi positivi di protezione derivanti dall'art. 3 nel caso di una persona detenuta e particolarmente vulnerabile. La Corte, infatti, considera favorevolmente la decisione dell'amministrazione penitenziaria di collocare il detenuto in una cella singola, non in isolamento, bensì in un settore tranquillo del carcere, insieme ad altri detenuti considerati particolarmente fragili e con l'accordo del detenuto, mettendo in atto tutte le tutele di ordine medico, trattamentale e di allocazione (rispondendo cioè prontamente alle richieste di cambiamenti nella collocazione in cella o in sezione da parte del detenuto).

È interessante tuttavia notare che due giudici dissenzienti, il presidente della Quinta Sezione Spielmann e il giudice Nussberger ritengono comunque sussistente la violazione dell'art. 3, in quanto l'amministrazione non ha sufficientemente adempiuto ai propri obblighi positivi di tutela, in particolare ha applicato un "approccio troppo "standardizzato" aspettando che il detenuto denunciasse ogni maltrattamento". I due giudici dissenzienti contestano, in pratica, la difesa del governo, accolta dalla maggioranza, che si basava sulla mancata conoscenza effettiva dei casi di maltrattamento che il detenuto non aveva denunciato a causa della paura di ritorsioni. L'argomentazione dell'opinione dissenziente si basa sulla speciale vulnerabilità della persona e sulla conoscenza di tale condizione da parte dell'amministrazione penitenziaria. Questa consapevolezza avrebbe richiesto una protezione rafforzata.

40 Si veda su tutti, V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *op. cit.*, p. 412.

41 Corte Edu, *X. v. Turkey*, cit., § 59. "Par ailleurs, la Cour ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement selon laquelle le requérant avait été placé à l'isolement à sa demande. Le requérant ou son représentant avaient demandé à l'administration de l'établissement pénitentiaire de le transférer dans une autre cellule collective où se trouvaient des détenus homosexuels ou dans un pavillon adéquat (paragraphe 8 ci-dessus). Pour justifier cette demande, le représentant du requérant avait précisé que son client avait subi des actes d'intimidation et de harcèlement de la part de ses codétenus. Quant au requérant, il avait déclaré « avoir des problèmes ». En bref, les autorités se trouvaient saisies d'une demande de transfert vers une cellule collective adéquate à la situation du requérant".

42 Corte Edu, 20 ottobre 2011, *Stasi c. France*, n. 25001/07.

ta che tenesse in considerazione le caratteristiche proprie della vulnerabilità nel contesto della prevalente “legge del silenzio” che vige in carcere, connessa al timore e alla minaccia di ritorsioni.

La giurisprudenza della Corte, d'altra parte, appare chiara nel connettere l'esigenza di mantenere un bilanciamento tra le esigenze di protezione e la prospettiva trattamentale piena che costituisce la esigenza penologica primaria ormai riconosciuta in ambito convenzionale⁴³.

Il passo successivo dell'amministrazione penitenziaria italiana è stato, quindi, quello di superare i rilievi critici mossi alla strategia di protezione mediante isolamento individuale continuo attraverso la creazione delle cosiddette “sezioni protette”, una sorta di circuito speciale destinato a una serie eterogena di persone allo scopo di “rispondere alle esigenze di tutela di determinate categorie di detenuti per motivi oggettivamente esistenti ancorché talora connessi a caratteristiche soggettive dei ristretti (ad esempio perché transessuali)”⁴⁴.

Il fatto che la funzione di protezione legata all'assegnazione e collocamento dei detenuti ex artt. 14 Ord. penit. e 32 Reg. esec. si concretizzi attraverso la creazione di circuiti informali e non di veri e propri regimi detentivi⁴⁵ assume un carattere preciso in relazione al diritto al trattamento in condizioni di uguaglianza rispetto al resto della popolazione detenuta. La differenza fra le due tipologie di organizzazione della vita detentiva (regime e circuito penitenziario) è di non poco rilievo, dal momento che, il regime penitenziario, come ricorda Falzone:

consiste in un insieme di regole trattamentali che si applicano, in virtù di una previsione normativa, a determinati detenuti in presenza di presupposti legittimanti. È questo il caso del regime speciale di cui all'art. 41-bis l. 22 luglio 1975, n. 354 o del regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 4-bis ord. penit. L'applicazione di un regime, dunque, incide in maniera significativa sui diritti dei detenuti previsti dall'ord. penit. Si pensi, ad esempio, alla rilevante riduzione dei colloqui visivi e telefonici per i soggetti sottoposti al 41-bis, oppure alle restrizioni alla ricezione dei pacchi o alla detenzione di oggetti che vengono imposte con il provvedimento di sorveglianza particolare ex art. 14-bis ord. penit. Al contrario, l'assegnazione ad un circuito penitenziario non comporta alcuna *de-minutio* nella titolarità dei diritti del detenuto, potendo soltanto implicare l'allocatione in sezioni particolarmente sicure, la sottoposizione a maggiori controlli o l'adozione di speciali cautele nella fruizione degli istituti trattamentali per come normativamente delineati⁴⁶.

D'altra parte già con nota prot. n. 550868/14874 del 17 aprile 1999, l'Amministrazione penitenziaria-

⁴³ Corte Edu, 26 aprile 2016, *Murray v. the Netherlands*, no. 10511/10, la Corte ha specificato che la privazione della libertà può essere compatibile con la dignità umana solo se tende verso il reinserimento sociale. Questa prospettiva ha contribuito all'elaborazione di una giurisprudenza che definisce il reinserimento sociale come un obbligo positivo per gli Stati membri. La Corte ha sottolineato che nessun diritto alla riabilitazione in quanto tale può essere imposto alle autorità come un dovere assoluto, ma esiste un obbligo di offrire ai detenuti una reale possibilità di riabilitarsi. Questo obbligo costituisce quindi un'obbligazione di mezzi, non di risultato. Tuttavia, si tratta di un'obbligazione positiva che implica uno sforzo dello stato per consentire ai detenuti di progredire verso il reinserimento. Quando la stessa possibilità di reinserimento è messa in discussione da un regime detentivo impoverito, anche se a causa di istanze di protezione, la probabilità di una violazione dell'art. 3 aumenta.

⁴⁴ Circolare DAP 2 maggio 2001, n. 500422 “Sezioni protette – criteri di assegnazione dei detenuti”.

⁴⁵ Come si intuisce dalla circolare 21 aprile 1993, n. 3359/5809, avente per oggetto “Regime penitenziario. Impiego del personale di polizia penitenziaria. Gestione democratica e partecipata dell'Amministrazione penitenziaria”, che recita: «la differenziazione [...] non implica [...] una differenza nel regime penitenziario sotto il profilo dei diritti e dei doveri dei detenuti e sotto il profilo della possibilità, in linea di principio, di applicare le regole e gli istituti del trattamento penitenziario».

⁴⁶ F. Falzone, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Archivio Penale*, n.3 Settembre-Dicembre, 2015, reperibile presso: <http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=6e53d5e6-e7d5-4e1b-9b5f-308ee8f38c36&idarticolo=9314>.

ria affermava che le sezioni protette possono contenere “*promiscuamente*⁴⁷ *oggetti con problemi di tutela di natura diversa*”. La ricorsività terminologica qui assume un tono beffardo: per evitare i rischi dovuti alla promiscuità si usano sezioni caratterizzate da promiscuità. E in effetti la succitata circolare del 2001, emanata in ragione della necessità di contenimento dell’uso sproporzionato delle sezioni protette⁴⁸, si preoccupa non di sottoporre a vaglio critico il carattere promiscuo delle sezioni protette, quanto di ricondurre a criterio di “oggettività” un insieme eterogeneo di situazioni al fine di limitare la prassi dell’inclusione in sezione protetta di persone sulla base di “*della mera dichiarazione dello stesso di avere non meglio precisati “problemi di incolumità personale”*”.

5. Vulnerabilità in contesto

Qui si nota lo scarto teorico e pratico tra due paradigmi distinti: l’assunzione di realtà e caratteri “oggettivamente esistenti” e in quanto tali ineludibili e inevitabilmente invalidanti e un’impostazione che rinviene nel concetto di vulnerabilità speciale delle persone detenute bisognose di protezione rafforzata, la necessità di operare attraverso un’analisi contestuale e individualizzata delle singole situazioni. L’intero sistema di mediazione e negoziazione individuato dal CPT al fine di ridurre la portata lesiva dei diritti dello strumento dell’isolamento protettivo viene sconfessato nel momento stesso in cui l’amministrazione individua criteri “oggettivamente esistenti” ai fini dell’inserimento nelle sezioni protette.

Una nozione di vulnerabilità di tipo contestuale, come quella tradizionalmente operata nella giurisprudenza della Corte EDU, ha il vantaggio di tenere conto delle critiche mosse alla visione essentialista e stigmatizzante del concetto tradizionale di vulnerabilità e di operare un’analisi in concreto delle dimensioni della vulnerabilità.

Da un punto di vista teorico, infatti, la stessa nozione di vulnerabilità rischia di gettare il velo della semplificazione sulla complessità del reale. Appare utile, quindi, adottare un approccio critico⁴⁹, a partire dalla discussione di Fineman sul mito dell’autonomia personale del soggetto liberale⁵⁰. Fineman sostiene che le implicazioni giuridiche del termine vulnerabilità, in particolare nell’ambito del diritto internazionale dei diritti umani, applicato esclusivamente a specifiche identità e gruppi marginalizzati, servono solo a sostenere il mito liberale secondo cui ‘normalmente’ le persone sono autosufficienti, indipendenti, e autonome. Come affermato da Peroni e Timmer:

Fineman, invece, propone di comprendere la vulnerabilità come un “aspetto universale, inevitabile e duraturo della condizione umana” e afferma che il ruolo proprio dello stato è quello di essere in grado di reagire e rispon-

47 Interessante scarto terminologico dell’amministrazione penitenziaria che usa tradizionalmente il concetto di promiscuità nell’accezione negativa e associato alla funzione di riduzione del rischio di contatti interpersonali di tipo fisico-sessuale.

48 E ancora dell’isolamento con funzione di protezione, come specificato chiaramente nella stessa circolare: “*Dall’esame di tali richieste è emersa l’esistenza di una preoccupante quanto diffusa prassi in base alla quale si procede all’inserimento del detenuto in sezione “protetta”, ovvero – ove ciò non sia possibile – in situazione di “isolamento”, a seguito della mera dichiarazione dello stesso di avere non meglio precisati “problemi di incolumità personale”*”.

49 Cfr. M. A. Fineman, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, 20 *Yale Journal of Law & Feminism* 1, 9 (2008–2009), Id., “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, 60 *Emory Law Journal* 251, 268 (2010), Id., “Elderly” as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility”, 20 *The Elder Law Journal* 101 (2012).

50 M. A. Fineman, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, The New Press, 2004.

dere a questa condizione. La sua tesi si presenta, dunque, come un'alternativa alla tradizionale analisi di *equal protection* sviluppata negli Stati Uniti e basata sui gruppi: Fineman sostiene che la sua analisi è in grado di fornire un'uguaglianza sostanziale (laddove l'analisi tradizionale ha fallito) perché la sua tesi riposiziona l'indagine verso le "pratiche istituzionali che producono identità e disuguaglianze"⁵¹.

A partire dall'analisi etimologica, il termine 'vulnerabilità' deriva dalla parola latina, *vulnus*, ferita, e si sostanzia dunque nella dimensione corporea della sofferenza fisica e del danno. La vulnerabilità è, quindi, una condizione che appartiene a ogni essere umano per lo stesso fatto di essere umano e ancor più gli appartiene per il fatto di essere un "animale sociale", poiché la nozione di vulnerabilità ha una forte natura relazionale:

la vulnerabilità parla alla nostra capacità universale di soffrire, in due modi: in primo luogo, sono vulnerabile perché dipendo dalla cooperazione degli altri (incluso, soprattutto, lo stato) ... In secondo luogo, sono vulnerabile perché sono penetrabile, sono permanentemente aperto ed esposto a dolore e sofferenza di vario tipo⁵².

D'altronde sarebbe interessante discutere questa 'versione etimologica' della nozione di vulnerabilità alla luce dell'analisi antropologica ed etnografica sulla "malattia interpretata come punizione"⁵³ o sanzione di carattere sociale. Il simbolismo insito in questa narrazione della vulnerabilità come essenzialmente 'meritata' (narrazione che varrebbe la pena analizzare nelle sue manifestazioni costanti nelle diverse società) rischia di minare l'approccio anti-essenzialista e reiterare lo stigma connesso alle vulnerabilità sociali.

Ora, una versione persuasiva ed efficace della versione contestualista della vulnerabilità può essere rintracciata nella comprensione e nell'elaborazione da parte della CEDU del proprio concetto autonomo di vulnerabilità. La natura anti-essenzialista, relazionale, contestuale della vulnerabilità e il fatto di essere basata sul danno sono fattori rinvenibili nell'approccio casuistico utilizzato dalla Corte EDU. Come sottolineano Peroni e Timmer, infatti, il concetto di vulnerabilità viene elaborato dalla Corte a partire dall'analisi dei gruppi, ma a partire da un approccio contestualizzante. In questa prospettiva la Corte EDU ha costruito nel tempo un concetto di vulnerabilità tridimensionale, relazionale, particolare e basato sul danno.

L'aspetto della vulnerabilità di gruppo della Corte è innanzitutto relazionale. Come emerso nel caso *Chapman v. U.K.*⁵⁴, la Corte individua la vulnerabilità non solo a livello individuale, ma anche (anzi piuttosto) collegata all'individuo nelle sue più ampie articolazioni sociali. La nozione di gruppi

51 Vedi L. Peroni, A. Timmer, "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", *ICON*, (2013), Vol. 11 No.4, 1056-1085, p. 1064, trad. mia.

52 Mary Neal, "'Not Gods but Animals': Human Dignity and Vulnerable Subjecthood", 33 *Liverpool Law Review*. 177, 186-187 (2012), come citata in L. Peroni, A. Timmer, *op. cit.*, trad. mia.

53 Il Bonte-Izard, (P. Bonte, M. Izard, *Dizionario di antropologia et etnologia*, Einaudi, Torino, 2009) afferma che il *topos* della malattia come punizione costituisce uno "strumento di interpretazione che mette in evidenza il legame che molte serie causali intrattengono fra di loro", cfr., M Augé, *Pouvoirs de vie, pouvoirs de mort*, Flammarion, Paris, 1977 e Id., "L'Anthropologie de la maladie", in *L'Homme*, XXVI (1986), fasc. 1-2. pp. 81-90.

54 Corte Edu, 18 gennaio 2001, *Chapman v. United Kingdom* [GC], n. 27238/95. Il caso introduce per la prima volta in maniera espresso il concetto di 'vulnerabilità di gruppo' con riferimento alla minoranza rom. La costruzione della vulnerabilità in *Chapman* introduce gli elementi che daranno forma alle successive formulazioni della Corte sui "gruppi vulnerabili": appartenenza a un gruppo (in questo caso, la minoranza Rom) la cui vulnerabilità è in parte costruita da più ampie circostanze sociali, politiche e istituzionali (in questo caso, differenziali di potenza e una struttura di pianificazione che non risponde ai bisogni derivanti da uno stile di vita diverso da quello della maggioranza). Vulnerabilità in contesto, quindi, e per quanto riguarda i detenuti, l'appartenenza a un gruppo unita alla soggezione al controllo dell'autorità pubblica.

vulnerabili da parte della Corte è quindi relazionale perché considera la vulnerabilità di alcuni gruppi come formati e plasmati da forze sociali, storiche e istituzionali. In altre parole, la Corte collega la vulnerabilità del singolo ricorrente all'ambiente sociale o istituzionale, che origina o sostiene la vulnerabilità del gruppo di cui è parte.

D'altra parte, il ragionamento della Corte, non ipostatizza i gruppi di riferimento, ma include il ragionamento sul caso singolo e sulla persona ricorrente all'interno di un contesto che può, di volta in volta, acuire, stemperare, insomma qualificare quantitativamente e qualitativamente la vulnerabilità contestualmente riconosciuta.

In effetti, il ragionamento "per vulnerabilità" non può essere considerato come una dottrina essenzializzante, ma piuttosto come "uno sviluppo caso per caso, nel tempo, secondo un'un'ampia varietà di impostazioni (...) che si è cristallizzato in un particolare approccio interpretativo impiegato dalla Corte nei casi di riconoscimento del fattore vulnerabilità"⁵⁵. Questo approccio casuistico è stato criticato per la sua indefinitezza e fluidità, eppure:

le categorie di vulnerabilità nel sistema di Strasburgo sono delineate vagamente per consentire alla Corte la più ampia libertà, in casi futuri, nell'identificare altri gruppi e categorie che meritano un'attenzione particolare. Mentre questo può essere visto come un punto critico per alcuni che indicano un certo lassismo nello sviluppo della nozione, è, a mio avviso, necessario per una corte internazionale dei diritti umani, di fronte alle complessità della vita moderna e alle realtà spesso imprevedibili dello svantaggio e dello stigma, lasciare aperte le categorie di vulnerabilità.⁵⁶

La Corte, infatti, ha incluso i detenuti nella categoria delle persone vulnerabili secondo un ragionamento specifico, che si basa sull'analisi individuale dei diversi casi e non sulle caratteristiche astratte di un gruppo.

La Corte, infatti, è giunta alla conclusione che tutte le persone detenute si trovano in una posizione di vulnerabilità relativa: "Le persone sottoposte a detenzione sono in una posizione vulnerabile e le autorità hanno il dovere di proteggerle"⁵⁷. D'altra parte le persone detenute non sono vulnerabili *ex se*, ma soltanto in quanto si trovano sottoposte a un controllo costante e la loro quotidianità, nei bisogni e nell'esercizio delle attività, così come nel perseguimento delle aspirazioni, è rimessa all'azione dell'autorità pubblica. Da ciò deriva che la particolare condizione di vulnerabilità di ogni persona in stato di detenzione deve essere stimata secondo un approccio casistico e una valutazione relativa che tenga in considerazione delle condizioni personali all'interno del contesto detentivo.

Parallelamente alla nozione di discriminazione multipla o di discriminazione multi-fattoriale⁵⁸, la Corte ha quindi creato l'idea di molteplici fattori di vulnerabilità. In un primo momento, accanto ai

⁵⁵ M. O'Boyle, *The notion of "vulnerable groups" in the case law of the European Court of Human Rights*, p. 2-2, reperibile presso [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)003-e), trad. mia.

⁵⁶ Ivi, p. 10.

⁵⁷ Corte Edu, 27 giugno 2000, *Salman c. Turchia* [GC], n. 21986/93. La Corte ha poi proseguito nell'interpretazione della condizione di vulnerabilità connessa allo *state control*, affermando che questa condizione comporta un preciso obbligo positivo di protezione per le autorità (Corte Edu, 1 aprile 2014, *Enache v. Romania*, n. 10662/06, § 49; Corte Edu, 3 marzo 2015, *M.C. v. Poland*, n. 23692/09, § 88; Corte Edu, 13 settembre 2016, *A.Ş. v. Turkey*, n. 58271/10, § 66).

⁵⁸ Secondo il Glossario UNAR: "Si parla di discriminazione multipla nel caso in cui siano compresenti più fattori discriminatori", d'altra parte si possono riscontrare effetti diversi all'interno del settore delle discriminazioni multifattoriali, *e.g.*, la discriminazione multipla amplificatrice, multipla intersettoriale, multipla additiva. Cfr. M. Bell, I. Chopin, F. Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in 28 Member States compared, European Network of Independent Experts in the non-discrimination field*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, Brussels, July 2007.

prigionieri “ordinari”, la Corte ha impiegato il ragionamento sulla vulnerabilità in un rilevante numero di casi riguardanti detenuti con disturbo mentale, ritenuti dalla Corte “particolarmente vulnerabili”⁵⁹, “più vulnerabili dei detenuti medi”⁶⁰ o “in una situazione particolarmente vulnerabile”⁶¹.

La categoria della vulnerabilità così ricostruita appare necessariamente contestuale. Questo appello alla relativizzazione del giudizio è di particolare rilievo per ciò che concerne le strategie di protezione delle persone detenute in ragione del proprio orientamento sessuale o della propria identità di genere e si scontra con la creazione di categorie di persone vulnerabili per “motivi oggettivamente esistenti”. D’altra parte già con nota prot. n. 550868/14874 del 17 aprile 1999, l’Amministrazione penitenziaria affermava che le sezioni protette possono contenere “*promiscuamente*⁶² soggetti con problemi di tutela di natura diversa”. La ricorsività terminologica qui assume un tono beffardo: per evitare i rischi dovuti alla promiscuità si usano sezioni caratterizzate da promiscuità. E in effetti la succitata circolare del 2001, emanata in ragione della necessità di contenimento dell’uso sproporzionato delle sezioni protette⁶³, si preoccupa non di sottoporre a vaglio critico il carattere promiscuo delle sezioni protette, quanto di ricondurre a criterio di “oggettività” un insieme eterogeneo di situazioni al fine di limitare la prassi dell’inclusione in sezione protetta di persone sulla base di “*della mera dichiarazione dello stesso di avere non meglio precisati “problemi di incolumità personale”*”.

Tra le varie soluzioni affrontate, la lotta al femminicidio attraverso il paradigma dei crimini d’odio appare certamente una delle più suggestive, ma la materia è troppo nuova perché si possa dare un giudizio definitivo⁶⁴. Per ora si può osservare che il nostro ordinamento conosce da tempo i crimini d’odio, che anzi hanno recentemente ricevuto una valorizzazione sistematica. Originariamente contenuti nelle l. 13 ottobre 1975, n. 654⁶⁵ e 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. Mancino-Reale) e pertanto all’interno della legislazione speciale penale, la Riforma Orlando del 2018⁶⁶ li ha fatti confluire nel Libro II, Titolo XII, Capo III, del Codice penale, rubricandoli come “*Dei delitti contro l’eguaglianza*” (604-bis⁶⁷ e ter). In particolare, l’art. 604-ter contiene una circostanza aggravante speciale per tutti i reati commessi per

⁵⁹ Si vedano, *inter alia*, Corte Edu, 17 luglio 2012, *Munjaz v. UK*, n. 2913/06; Corte Edu, 24 novembre 2009, *Halilovic v. Bosnia Erzegovina*, n. 23968/05; 28300/06.

⁶⁰ Corte Edu, 10 aprile 2013, *Claes v. Belgium*, n. 43418/09; Corte Edu, 18 dicembre 2007, *Dybeku v. Albania*, n. 41153/06; Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Stawomir Musiał v. Poland*, n. 28300/06.

⁶¹ Corte Edu, 22 gennaio 2013, *Lashin v. Russia*, n. 33117/02.

⁶² Interessante scarto terminologico dell’amministrazione penitenziaria che usa tradizionalmente il concetto di promiscuità nell’accezione negativa e associato alla funzione di riduzione del rischio di contatti interpersonali di tipo fisico-sessuale.

⁶³ E ancora dell’isolamento con funzione di protezione, come specificato chiaramente nella stessa circolare: “*Dall’esame di tali richieste è emersa l’esistenza di una preoccupante quanto diffusa prassi in base alla quale si procede all’inserimento del detenuto in sezione “protetta”, ovvero – ove ciò non sia possibile – in situazione di “isolamento”, a seguito della mera dichiarazione dello stesso di avere non meglio precisati “problemi di incolumità personale”*”.

⁶⁴ Per esempio, soltanto ventuno Stati dei cinquantasette partecipanti dell’OSCE includono il sesso, il genere e l’identità di genere come caratteristiche protette ai sensi della loro legislazione sui reati ispirati dall’odio.

⁶⁵ Per completezza, si ricorda che già la l. 16 giugno 2016, n. 115, aveva modificato il testo della legge, introducendo, all’interno dell’art. 3, un nuovo comma 3-bis (poi integrato dalla l. 20 novembre 2016, n. 167) che prevede un inasprimento di pena quando l’istigazione o l’incitamento riguardino la negazione, la grave minimizzazione o l’apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale agli artt. 6, 7, e 8.

⁶⁶ Art. 8, D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, pubblicato nella G.U. del 22 marzo 2018, n. 68, e attuativo della delega contenuta nell’art. 1, comma 85, lett. q), l. 23 giugno 2017, n. 103.

⁶⁷ L’art. 604-bis punisce la propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa (c.d. discorsi d’odio), che si intende però lasciare fuori della discussione, in quanto pone problemi aggiuntivi legati alla libertà di manifestazione di pensiero.

finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità. Tale aggravante gode inoltre di una disciplina derogatoria in tema di giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti, prevalendo sopra queste ultime.

Da tempo si discute di una revisione di questa disposizione, al fine di ampliarne le caratteristiche protette⁶⁸. Certo è che l'allargamento dell'art. 604-ter al genere, potrebbe, in una prospettiva *de iure condendo*, essere funzionale ad un uso più ordinato dello strumento repressivo, almeno sotto il profilo sostanziale. A differenza della circostanza aggravante argentina, quella italiana è generica, applicandosi pertanto a tutti i reati⁶⁹. Ciò permetterebbe di sanzionare, con una pena aumentata fino alla metà e senza il bilanciamento delle attenuanti, non soltanto il femminicidio *strictu sensu*, ma anche quell'ampio ventaglio di comportamenti criminosi, dentro e fuori la famiglia, che ne sono spesso le avvisaglie. Ecco che allora si potrebbero punire più severamente le lesioni personali che hanno ad oggetto i genitali femminili o il volto della vittima senza moltiplicare all'infinito le fattispecie o in generale inasprire le sanzioni di tutti quei delitti dove il soggetto attivo aggredisce una donna perché donna, recuperando al contempo il principio di proporzionalità, da un lato, e salvando la tassatività e determinatezza della fattispecie, dall'altro.

6. Sul concetto di promiscuità: dal problema alla soluzione e di nuovo al problema

L'attenzione si sposta, quindi, sui criteri "oggettivamente esistenti" che l'amministrazione ritiene rilevanti ai fini di un inserimento all'interno della sezione protetta che vengono individuati nelle linee guida offerte dalla circolare del 2001:

- in primo luogo "pregresse condotte processuali o penitenziarie", condotte di "sostanziale collaborazione" o "molestie in danno di uno o più detenuti";
- specifiche "condizioni personali dei detenuti (ad es. transessuali)";
- "pregressa appartenenza a Forze dell'Ordine, Magistratura, ed in genere a categorie invisibili alla popolazione penitenziaria";
- "soggetti ristretti per reati tradizionalmente accompagnati da una particolare riprovazione sociale (violenza carnale, reati nei confronti di minori, ecc.)".

La confusione di piani inevitabilmente connessa al concetto stesso di "sezione protetta promiscua" si presenta qui in tutta la sua portata critica: persone condannate per reati violenti o molestie sono collocati insieme a persone che nel tentativo di rinvenire un'oggettività artificiale sono da considerarsi, *ex se*, a rischio di violenze e molestie "per motivi oggettivamente esistenti, ancorché talora connessi a caratteristiche soggettive dei ristretti (ad esempio perché transessuali)".

Inoltre, in questa prospettiva e alla spasmodica ricerca dell'oggettivo a scapito del contestuale, le questioni legate all'orientamento sessuale sono, evidentemente, ritenute escluse dalla dimensione dell'"oggettivamente esistente".

D'altro lato le questioni legate all'identità di genere appaiono all'amministrazione come condizioni personali "oggettivamente esistenti", tanto da portare nel tempo alla creazione di sezioni infor-

⁶⁸ Per esempio, il 19 settembre 2013, dopo lungo e acceso dibattito la Camera dei deputati aveva per esempio approvato una novella volta ad includere l'orientamento sessuale, poi arenatasi in Senato prima della fine legislatura.

⁶⁹ Salvo quelli puniti con l'ergastolo, per ovvi motivi.

mali per l'allocazione di persone "oggettivamente" *transessuali*.

La strategia dell'inserimento di categorie così diverse all'interno di una stessa sezione sembra reggersi su una logica perversa in cui la protezione è assicurata dalla mutua intimidazione o dal destino comune (ben diverso dal "trattamento comune", dalla costruzione di una socialità o anche solo di un orizzonte di solidarietà micro-comunitaria) o ancora dalla confusione delle identità operata attraverso il "marchio d'infamia", per cui le individualità si perdono e le discriminazioni operate a livello micro (e macro) sociale si rafforzano, vengono confermate e si istituzionalizzano. Sembra, quindi, che l'unica *ratio* dietro alla costruzione delle sezioni protette promiscue sia stata la riduzione del rischio conseguita attraverso un contenimento e una logica di separazione ulteriore rispetto a quella, già stringente, del carcerario ordinario. Ma la protezione è operata unicamente attraverso il consolidamento e la confusione degli stati soggettivi di vulnerabilità che inducono a una intesa reciproca fra i detenuti o le detenute sul minimo denominatore della comune 'infamia'.

Il panorama della gestione delle diversità e delle vulnerabilità in carcere, dunque, appare variegato, con lo strumento inflazionato delle sezioni protette promiscue al centro, cui si aggiungono possibili riemersioni di casi di isolamento protettivo continuato individuale⁷⁰ da un lato e la creazione, in alcuni istituti, di reparti informali per la gestione di persone detenute "transessuali".

Il doppio ordine di obbligazioni (protezione e socialità) già evidenziato e scaturente dal *corpus* di strumenti di *soft law* derivanti dalle indicazioni del CPT, unito all'obbligo (positivo e propriamente di *hard law*) del rispetto dell'art. 3 della Convenzione EDU e segnatamente della dignità della persona in situazioni di segregazione protettiva (in isolamento totale o in sezioni protette) derivante dalla giurisprudenza della Corte EDU, impongono un'analisi di compatibilità rispetto alla scelta di prevedere sezioni protette miste. In particolare, come vedremo, il caso da cui origina la decisione nella ordinanza in commento permette esattamente questa analisi, l'ipotesi da verificare consiste nella individuazione del carattere discriminatorio delle sezioni protette promiscue, dovuto a due ordini di fattori. Da una parte, infatti, il loro carattere intrinseco di separazione in senso spaziale, sociale e trattamentale avvicina pericolosamente questa modalità a quella dell'isolamento protettivo, non individuale, ma di gruppo (discriminazione diretta istituzionale, perpetrata dall'amministrazione penitenziaria nell'offerta di attività, spazi e momenti di socialità minori rispetto a detenuti e detenute comuni). Dall'altra, la promiscuità non garantisce *ex se* la sicurezza, permanendo una potenziale minaccia di discriminazioni e sopraffazioni all'interno del gruppo misto protetto (discriminazione diretta fra privati).

Il legame tra queste due forme di discriminazione è stretto e patologico e porta a vanificare le istanze protettive e rafforzare la logica discriminatoria. La promiscuità, infatti, scoraggia la partecipazione alle attività comuni, il timore di discriminazione diretta interpersonale rafforza, quindi, la discriminazione istituzionale perpetrata mediante la separazione e la contestuale riduzione di offerta trattamentale.

⁷⁰ In questo senso, l'esperienza dell'associazione Altro diritto mostra il caso del reparto femminile, in cui la questione della separazione a fini di protezione, a causa dei bassi numeri e della scarsa percentuale di casi critici, viene risolta con lo strumento dell'isolamento protettivo individuale.

7. Separazione, protezione e trattamento, una triade di difficile composizione

Gli Stati Generali dell'esecuzione penale avevano, in effetti, tenuto conto della dimensione critica dell'uso della promiscuità al fine di ridurre i problemi derivanti dalla promiscuità stessa. Come si legge nella relazione finale del Tavolo 2, su *Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*:

Di fatto il circuito dei 'protetti', quantomeno nei confronti dei 'sex offenders' e di coloro che vi sono ristretti unicamente sulla base dell'orientamento sessuale, non fa che perpetuare e codificare un tipo di subcultura carceraria che il trattamento avrebbe viceversa lo scopo di superare, divenendo, soprattutto negli istituti penitenziari medio-piccoli, ricettacolo di marginalità disparate sottratte all'ordinario trattamento praticato nelle sezioni comuni⁷¹.

Le proposte avanzate dal tavolo si incentrano sulla rottura della logica di perpetuazione delle discriminazioni e della vulnerabilità secondaria⁷² attraverso "un superamento che passi attraverso in primo luogo un investimento culturale sull'abbattimento delle discriminazioni e, secondariamente, un'idonea preparazione del personale penitenziario unita ad offerte trattamentali comunque adeguate al tipo di personalità inserite in detti circuiti".

Quello che si propone, di fatto e in termini di revisione del testo dell'art. 14 Ord. penit., è la ricollocazione al centro del binomio trattamento-socialità attraverso una rottura dell'isolamento forzato e sperimentazioni di apertura e inserimento in gruppi di attività comuni con detenuti e detenute non appartenenti al circuito (secondo una logica per cui la protezione tramite separazione si attua solo la notte) e sperimentazioni di convivenza vera e propria tra detenuti e detenute 'comuni' e 'protetti/e'. L'impianto della riforma muove proprio dal rifiuto espresso della promiscuità e dell'ineluttabilità delle vulnerabilità "oggettive" segnando la fine delle "sezioni ghetto" protette e ponendo il principio del consenso come forma essenziale della logica di protezione.

In questa prospettiva, la revisione dell'art. 14 va letta in combinato disposto con la revisione, anch'essa proposta in sede di lavoro della Commissione Giostra e "salvata" nel d.lgs. 123/2018, dell'art. 1 dell'Ordinamento. Significativamente la proposta di modifica dell'art. 1 formulata dalla Commissione e confluita nel disegno di legge AG. 17 (e rimosse nella riformulazione del testo finalmente approvato dalla nuova legislatura) conteneva due proposte importantissime, mutate direttamente dalle *European prison rules*: il principio di "massima conformità" della vita penitenziaria a quella esterna⁷³ e il principio, ribadito nella giurisprudenza consolidata della Corte EDU, per cui la mancanza di risorse non può giustificare condizioni detentive lesive dei diritti delle persone detenute⁷⁴.

L'investimento culturale per l'abbattimento delle discriminazioni è una prospettiva obbligata in questo nuovo sistema che traduce la protezione in responsabilizzazione ed *empowerment*, ossia dimensioni che agiscono direttamente sul trattamento. In questo senso, tra le proposte del Tavolo n. 2, si legge: "approfondito sostegno psicologico per i 'sex offenders' ed un percorso terapeutico finalizzato alla responsabilizzazione del condannato ed all'accettazione del reato commesso; l'accettazione del 'protetto', ai fini del superamento della subcultura carceraria che ne implica l'esclusione, dovrebbe essere

71 Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 2 - Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza, p. 31 reperibile presso https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo2_relazione.pdf

72 V. *infra*, nota n. 78.

73 European Prison Rules, Part I, Basic Principles, 5. *Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community.*

74 *Ibidem*, 4. *Prison conditions that infringe prisoners' human rights are not justified by lack of resources.*

inserita anche come elemento del 'patto trattamentale' proposto ai detenuti; investimento culturale sull'abbattimento delle discriminazioni".

Tra le poche conquiste degli Stati Generali e associata alla modifica dell'art. 1 nel senso di potenziare il principio di antidiscriminazione con l'inserimento dei fattori del sesso, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, vi è senz'altro la modifica dell'art. 14, secondo la proposta della Commissione Giostra⁷⁵, che inserisce il comma 7:

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.

L'orizzonte giuridico sancito con la riforma, per ciò che riguarda i potenziali fattori di discriminazione legati all'identità di genere e all'orientamento sessuale, è quello della valorizzazione del principio del previo consenso alla protezione e della fine della promiscuità con la creazione delle sezioni protette omogenee e distribuite sul territorio nazionale.

L'ultimo inciso della norma, infine, si pone come un argine al potenziale avvicinamento della separazione a fini protettivi, operata attraverso circuiti informali, all'isolamento protettivo individuale vero e proprio. Come detto, infatti, e come mostra l'esperienza dei reparti per persone transgender detenute, così come quella delle sezioni protette ordinarie, il rischio di tradurre le istanze di protezione in un isolamento continuato di gruppo deriva da una strategia meramente escludente, in cui l'offerta trattamentale si riduce drasticamente in una logica di residualità dettata da questioni legate ai numeri, agli spazi, al personale.

Contro questa visione, la necessità di riaffermare il pieno diritto al trattamento dovrebbe coniugarsi con la previsione di attività "miste" e queste indicazioni dovrebbero trovar valore anche in relazione alle sezioni protette che esulano dai temi dell'identità di genere e dall'orientamento sessuale. Purtroppo l'avverbio all'interno della dicitura "eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta" restringe la portata dell'obbligo per l'amministrazione penitenziaria a una previsione programmatica o meramente tendenziale.

Cardine del nostro sistema penitenziario, spazio sociale improntato sulla persistenza della segregazione sessuale binaria di tipo obbligatorio⁷⁶, la separazione delle attività all'interno della comunità

75 Commissione Giostra - Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, Relazione e articolato (https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Giostra_relazione_articolato_riforma_ordpenitenziario_19lug2017.pdf) confluito nello schema di decreto A.G. 17 (<http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0017.pdf&leg=XVIII#pageode=None>) su cui le Commissioni di Camera e Senato hanno espresso parere contrario. L'ultimo giorno utile per l'esercizio della delega, il 3 agosto 2018, il Governo Conte ha trasmesso alle Camere un nuovo schema di decreto legislativo, A.G. 39, con il quale il Governo, espressione della nuova maggioranza parlamentare, ha avviato un nuovo procedimento di esercizio della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario che si è concluso con l'approvazione del d. lgs. 123/2018 (oltre ai decreti legislativi 121/2018 sull'ordinamento penitenziario minorile e 124/2018 su vita detentiva e lavoro penitenziario).

76 Come ricordato in S. Ciuffoletti, A. Dias Vieira, *Reperto D*, cit., p. 159: "Lo spazio sociale della prigione è considerato, insieme all'ambito militare e alla sfera dei bagni pubblici, uno dei luoghi di storica persistenza della segregazione sessuale binaria di tipo obbligatorio". Cfr. D. Cohen, "Keeping Men and Women Down: Sex Segregation, Anti-Essentialism, and Masculinity", in *Harvard Journal of Law & Gender*, Volume 33, Numero 2, Estate 2010 e il concetto di segregazione urinaria

penitenziaria (non solo in base al sesso o all'identità di genere, ma anche in relazione a ogni rischio concreto o potenziale per la "sicurezza" interna) è la pietra angolare della gestione trattamentale delle persone detenute, consolidata e motivata sulla necessità di mantenimento dell' "ordine pubblico interno" dal rischio di promiscuità. Sarebbe stata l'ora, in fase di riforma, sarà (speriamo) l'ora di ripensare radicalmente questo modello, che stona con le indicazioni contenute nelle *European Prison Law*, strumento di *soft law* rafforzata nel contesto europeo. Nello specifico, all'art. 18.9, le *EPR* statuiscono che "si può derogare alle disposizioni del paragrafo 8 in materia di separazione dei detenuti per permettere loro di partecipare assieme a delle attività organizzate". Sulla scorta di queste riflessioni, ormai piuttosto datate e che avrebbero dovuto essere state ormai integrate negli ordinamenti interni, si dovrebbe immaginare che il principio di massima conformità, seppur non codificato espressamente nel nostro ordinamento, imponga di immaginare un sistema sempre più integrato di attività miste che coinvolgano la comunità penitenziaria nella sua complessità e nel pluralismo sociale, di genere, culturale, religioso che costituisce un valore espressamente garantito dalla Costituzione e un bene pubblico nella formulazione espressa della Corte EDU⁷⁷. Sarebbe, insomma, importante capire se, come e quanto il principio di conformità sia funzionale all'opera di reinserimento sociale, per valutare se le attività miste all'interno della comunità delle persone detenute costituiscano o meno una prospettiva non solo possibile, ma addirittura necessaria.

D'altra parte, ancor prima della riforma, alcuni tentativi di comporre la triade, separazione-protezione-trattamento erano stati avviati in via sperimentale. Il tema è stato affrontato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che, all'inizio del proprio mandato, si è espresso sulla questione delle sezioni protette e delle vulnerabilità dovute all'orientamento sessuale e all'identità di genere in carcere sulla scorta di una visita effettuata presso l'Istituto di Gorizia.

La scelta, infatti, di costituire sezioni protette omogenee rischia di salvare la dimensione della tutela delle vulnerabilità contestuali, finendo però per incidere significativamente sul versante trattamentale. Le prime esperienze di sezioni protette per persone omosessuali (verificatesi unicamente al maschile, secondo quella logica essenzializzante, già individuata *supra* per cui l'omosessualità femminile non è fonte di problemi di gestione in ambito penitenziario), infatti, hanno riproposto, forse in modo ancor più grave e stigmatizzante, le questioni legate all'isolamento di fatto e all'impovertimento dell'offerta trattamentale.

Nel Rapporto del Garante Nazionale sulla visita del 7 maggio 2016 all'Istituto di Gorizia⁷⁸ si coglie la tensione insita nell'idea di protezione tramite segregazione: rischio di isolamento, rischio di deterritorializzazione della pena (l'istituto di Gorizia comprendeva e ospitava i detenuti dichiaratosi omosessuali di tutto il Triveneto), marcato impoverimento trattamentale, sostanziale chiusura delle sezioni, financo delle celle e di conseguenza delle attività e infine una totale incertezza in merito ai criteri di assegnazione alla sezione, con evidente mancata negoziazione, mediazione e ascolto della persona detenuta⁷⁹.

elaborato da Jacques Lacan (J. Lacan, *Ecrits*, Seuil, Paris, 1995).

⁷⁷ Si veda la sentenza Corte Edu, *Chapman, cit.*, in cui la Corte Edu asserisce espressamente che esiste un obbligo positivo degli stati di preservare una: "cultural diversity of value to the whole community".

⁷⁸ Disponibile online presso <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/9958ac6c553f6e5037634149b372605b.pdf>

⁷⁹ Ivi, p. 14: "nessuno dei detenuti che sono stati allocati nella sezione proveniva da Gorizia o aveva legami in Gorizia; principalmente (tre) venivano dalla Casa circondariale di Trento e da quella di Padova; almeno tre dei sette detenuti hanno chiaramente dichiarato di non essere omosessuali, alcuni detenuti hanno chiarito di aver richiesto tale assegnazione perché o non avevano ben capito il significato dell'avviso posto nella bacheca dell'Istituto di provenienza, o la situazione descritta

È interessante notare che sulla scelta di creare sezioni protette omogenee per detenuti omosessuali il Garante Nazionale esprime notevoli dubbi, al di là della valutazione specifica sull'esperimento di Gorizia. Prima, infatti, che il dettato legislativo esprimesse la volontà di creare sezioni distinte in base all'orientamento sessuale, il Garante Nazionale denuncia "quel rischio di isolamento e stigmatizzazione che si sovrappone all'intenzione di offrire tutela e protezione⁸⁰".

Il modello preferenziale, afferma il Garante, tiene insieme le esigenze di protezione da attuarsi attraverso la 'separazione notturna', ossia la realizzazione "di particolari aree o sezioni destinate a offrire riparo e protezione nelle ore di riposo a detenuti che potrebbero essere oggetto di improprie attenzioni da parte di altri"⁸¹ con il diritto pieno al trattamento e la tutela antidiscriminatoria che impone di garantire che "la quotidianità nell'Istituto" si svolga "in aree comuni senza alcuna discriminazione e con un'offerta trattamentale comune; spetterà alla sorveglianza dinamica garantire la sicurezza all'interno delle aree detentive durante il giorno"⁸².

Il Garante Nazionale sta, quindi, proponendo un modello di protezione delle vulnerabilità di tipo 'dinamico' e differenziale, con separazione notturna e socialità e quotidianità trattamentale comune.

La scelta politica della Commissione Giostra, come abbiamo visto passata indenne dalle maglie strettissime del cambio di legislatura e di governo, era già stata oggetto di critica da parte del Garante Nazionale, proprio sul punto precipuo dell'essenzializzazione delle vulnerabilità e del rischio di stigmatizzazione e segregazione. Il Parere del Garante sul Decreto Legislativo scaturito dai lavori della Commissione Giostra sulla Riforma dell'Ordinamento Penitenziario⁸³, reiterato poi in relazione all'approvato d.lgs. 123/2018, sottolinea la differenza della separazione protettiva nei casi di identità di genere e orientamento sessuale. Mentre è condivisibile prevedere sezioni (non istituti) protetti e separati in ragione dell'identità di genere, ciò non vale per l'orientamento sessuale:

è incomprensibile, per il Garante, la previsione di sezioni o addirittura istituti distinti in base all'orientamento sessuale. Come si è avuto modo di chiarire nel contesto della raccomandazione di questo Garante che ha richiesto la chiusura della sezione per omosessuali della Casa circondariale di Gorizia per il suo stigma discriminatorio, si ritiene che tutte le attività quotidiane debbano essere svolte congiuntamente, a prescindere dall'orientamento sessuale, e che debba essere assicurata una situazione protetta per le ore notturne⁸⁴.

La preoccupazione per lo "stigma discriminatorio" e la tendenza isolante e segregante delle sezioni protette costituiscono un pungolo critico rispetto alla scelta politica di agire mediante omogeneizzazione nella politica di protezione delle vulnerabilità.

Il Garante Nazionale sta, in pratica, operando una distinzione tra l'esigenza di rivedere il binarismo

era ben diversa dalla realtà che hanno trovato; i detenuti allocati nella sezione sono esposti al rischio di isolamento: anche la situazione che si è presentata immediatamente dopo la visita della delegazione è una situazione di isolamento di fatto dell'unico detenuto (M. D.) rimasto nella sezione. La situazione attuale è aggravata dal fatto che la sezione è sempre chiusa e i detenuti omosessuali non fanno alcuna attività quotidiana in comune con gli altri detenuti. Inoltre l'unica forma di possibile attività riservata loro è il gioco del "calcio balilla", peraltro impossibile in situazione di presenza di un solo detenuto (!) Inoltre, la delegazione è stata informata che le due camere vengono chiuse alle ore 16.00 ogni giorno. Quindi, sezione chiusa e camere chiuse, nessuna attività."

80 *Ivi*, p. 15.

81 *Ibid.*

82 *Ibid.*

83 Parere del Garante nazionale sul Decreto Legislativo recante "Riforma dell'Ordinamento Penitenziario" (legge delega n. 103 del 2017) ai sensi dell'art. 19 lett. c del Protocollo OPCAT, 02 novembre 2017, disponibile su <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pareri.page>.

84 *Ivi*, p. 9.

normativo operato in base al sesso, includendo la dimensione dell'identità di genere e prevedendo, dunque una vera e propria modalità detentiva per le persone transgender (MtoF, ma anche FtoM), facendole fuoriuscire dal paradigma del circuito informale, sottaciuto e sottoposto alla logica della residualità trattamentale⁸⁵ e la necessità di mantenere l'integrazione delle attività quotidiane e non eludere le esigenze di trattamento attraverso l'etichetta della protezione, nei casi relativi all'orientamento sessuale.

8. La discriminazione secondaria

D'altronde, *de iure condito*, l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto aggiunge una riflessione ulteriore sulla discriminatorietà insita nel sistema delle sezioni protette promiscue che vale la pena notare.

Se infatti, la persona, come già segnalato dal Garante Nazionale, subisce una prima discriminazione dovuta al fatto "che può fruire di un numero di attività inferiore rispetto a quelle previste in una sezione comune", dall'altro la previsione di un orizzonte di protezione operata attraverso la segregazione per categorie disomogenee reitera la percezione di sé come "altro", "diverso" e, si pensi al tema etnologico già accennato della "malattia interpretata come punizione", essenzialmente e ineluttabilmente colpevole della propria vulnerabilità; percezione di stigma e intrinseca colpevolezza che viene acuita dalla dimensione promiscua delle sezioni protette. È questo un fenomeno che potremmo chiamare di discriminazione secondaria⁸⁶ che assomma su di sé anche il fondato timore di essere costretto a partecipare alla "concorrenza vittimaria⁸⁷", alla gara delle vulnerabilità esterne e alla riaffermazione dei rapporti di potere interni per cui la fruizione delle attività, ancorché esistenti, viene vissuta "con disagio per i timori di discriminazione che continua ad avere essendo ubicato permanentemente con detenuti separati per ragioni diverse dalla sua⁸⁸".

85 Ci si permetta di rimandare alla definizione di residualità trattamentale contenuta in S. Ciuffoletti, A. Dias Vieira, "Reparto D: un tertium genus di detenzione?", cit., p. 197: "All'intervento trattamentale, riservato alle detenute transgender che accedono alle attività solo quando gli uomini e le donne hanno già usufruito di tali spazi, secondo una formula che riconosce tale possibilità (in realtà identificabile con il diritto al trattamento espresso nell'ordinamento italiano dall'art. 27 della Costituzione) solo in via eccezionale e residuale.". Si tratta di una residualità gerarchicamente intesa e basata sulla preminenza maschile, seguita dalla subordinazione femminile e, infine, chiusa, al più basso gradino della scala (ma non c'è mai fine ai livelli di subordinazione, come

86 Mutuando direttamente dal concetto di vittimizzazione secondaria, definita come: "una condizione di ulteriore sofferenza e oltraggio sperimentata dalla vittima in relazione ad un atteggiamento di insufficiente attenzione, o di negligenza, da parte delle agenzie di controllo formale nella fase del loro intervento e si manifesta nelle ulteriori conseguenze psicologiche negative che la vittima subisce. In altri termini, in una dimensione che è al contempo sociale e psicologica, il processo di vittimizzazione secondaria implica una recrudescenza della condizione della vittima riconducibile alle modalità di supporto da parte delle istituzioni, spesso connotate da incapacità di comprensione e di ascolto delle istanze individuali che si proiettano sulla esperienza vittimizzante a causa di una eccessiva routinizzazione degli interventi che in letteratura è definita *one size fits all approach*." G. Fanci, "La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari", in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. V, n. 3, Settembre-Dicembre 2011.

87 Meccanismo indotto di lotta fra "vittime", in cui la posta in gioco non è solo simbolica (la "palma della sofferenza"), ma anche materiale, il riconoscimento di diritti, indennizzi etc...Cfr., J.M. Chaumont, *La concurrence des victimes : génocide, identité, reconnaissance*, Paris, La Découverte, coll. Textes à l'appui (no Sociologie), 1997, 380 p. (ISBN 978-2-707-12690-0, OCLC 758225002),

88 Ordinanza Magistrato di Sorveglianza di Spoleto n. 2018/2407 del 18/12/2018, p. 3.

L'ordinanza disvela qui il carattere di doppia discriminazione secondaria del fenomeno, dovuta, da un lato, alla mancata gestione delle potenziali discriminazioni generate dal contesto promiscuo e non necessariamente disinnescate dalla scommessa di "solidarietà negativa", fondata sul principio del "mal comune/infamia comune" sopra descritto, per cui l'istanza di protezione "risulta vanificata dalla compresenza nella stessa sezione di persone protette per ragioni diverse e che potrebbero discriminare l'interessato né più né meno di altri detenuti"; dall'altro l'inserimento in sezione separata protetta "finisce per rivelarsi discriminatorio per l'interessato, che può fruire di un numero di attività trattamentali inferiore rispetto a quelle previste in una sezione comune". Insomma un orizzonte di doppia discriminazione secondaria (una potenziale e una certa) che rende la possibilità di fruizione delle poche attività offerte comunque minacciosa e vissuta con disagio "per i timori di discriminazione che [il detenuto] continua ad avere essendo ubicato permanentemente con detenuti separati per ragioni diverse dalla sua, senza però vedere aumentato in modo significativo il proprio livello di protezione". In questa prospettiva viene condotta l'analisi critica delle stridenti allegazioni difensive dell'amministrazione quando asserisce, da un lato, che il detenuto non partecipa alle attività (corso di pittura o scuola e attività lavorative inframurarie ricondotte principalmente ai lavori domestici), poi che si sta gradualmente ambientando con i compagni nella sezione protetta promiscua e infine che si sta isolando dal contesto. Insomma il fatto che la persona inserita in un contesto protetto promiscuo non partecipi alle scarse attività proposte viene valutato contestualmente e criticamente dal magistrato di sorveglianza che valorizza l'aspetto di potenziale disagio e timore di discriminazioni nello svolgimento di attività comuni. Tale valutazione non fa che rafforzare l'aspetto di violazione del principio di antidiscriminazione e il fallimento della strategia di protezione mediante sezioni promiscue.

D'altra parte il caso mette bene in luce che l'obbligazione dell'amministrazione penitenziaria in materia di gestione delle vulnerabilità nel contesto carcerario non si limita alla scelta secca tra protezione e assegnazione alla sezione ordinaria. Le esigenze di protezione, infatti, vengono ben evidenziate dal reclamante ("L'interessato ha precisato bene, anche all'odierna udienza, di temere comportamenti prevaricatori e di volere dunque un inserimento separato al resto della popolazione detenuta") che illustra il paradosso di una condizione di separazione promiscua che non annulla affatto la portata di rischio discriminatorio. Le obbligazioni positive a carico dell'amministrazione, infatti, si arricchiscono con l'obbligo di prevedere non solo sezioni protette omogenee, ma sezioni protette omogenee che non annullino e neanche attenuino il diritto al trattamento in condizioni di uguaglianza con le altre persone ristrette in circuiti ordinari.

Insomma l'ordinanza in commento e tutta l'analisi svolta in tema di separazione, protezione e tutela antidiscriminatoria mostra come, sotteso alla scelta di collocazione e gestione delle vulnerabilità in carcere, stia di fatto un limite invalicabile, quello del diritto al trattamento e dell'obbligo tendenziale di reinserimento sociale che si pongono come argini alle scelte dell'amministrazione penitenziaria. D'altronde il trattamento non è solo limite, ma anche elemento imprescindibile e creativo per una revisione delle strutture di pensiero e azione intorno alle vulnerabilità in carcere e proprio una vivificazione del diritto al trattamento comune potrebbe porsi come argine potenziale a soprusi e sopraffazioni.

9. Antidiscriminazione e dignità

In questo passaggio si verifica una delle riflessioni più interessanti in materia antidiscriminatoria, che ci permette di costruire un parallelo tra la critica alla versione essenzialista e ipostatizzante della vulnerabilità e la concezione tradizionale, potremmo dire statica, della tutela antidiscriminatoria.

Si tratta della connessione tra soggettività, discriminazione e gruppi sociali. L'ancoraggio della tu-

tela antidiscriminatoria ai cosiddetti fattori di discriminazione, da una parte associa la discriminazione stessa come fenomeno a una specifica caratteristica individuale, dall'altra costruisce (con una vera e propria *fictio iuris*) una realtà sociale suddivisa in gruppi di appartenenza.

Come ricorda Lippert-Rasmussen⁸⁹, infatti, la discriminazione opera una incorporazione dell'individuo all'interno di un gruppo sociale rilevante. Proprio questa tensione fra individuo e gruppo sembra essere la caratteristica ineluttabile del contesto antidiscriminatorio. Se, infatti, il diritto a non subire discriminazioni appare come diritto soggettivo perfetto, al contempo la tutela antidiscriminatoria restituisce l'immagine di uno spazio sociale organizzato in gruppi di affini (*cognate groups*) che sono riconosciuti come tali dal resto dei consociati a partire dalla teoria per cui la formazione dell'io è necessariamente sociale⁹⁰ e dalle teorie sociali su identità (individuale e collettiva), riconoscimento e appartenenza⁹¹. Eppure, nella conversione giuridica, il gruppo di riferimento perde qualsiasi sostrato di solidarietà, coerenza, senso identitario, storia condivisa, linguaggio o cultura. Si tratta, insomma, di un concetto lato di 'gruppo di affini' che non richiede, per essere accertato giuridicamente, alcuna riflessione intorno al criterio soggettivo della coscienza e volontà di appartenere a quel gruppo. Insomma, il soggetto è immediatamente percepito come appartenente al gruppo, al di là della propria auto-percezione. Il risultato di questa operazione, dunque, è un eterno ritorno all'individuo, che non è però visto nella sua sfera di auto-riconoscimento, responsabilità e scelta. Parallelamente, anche la condizione del trattamento relativamente sfavorevole (carattere insito nella verifica della discriminarietà delle condotte) costringe l'operatore a una prospettiva relazionale. Il gruppo entro cui l'individuo è incorporato deve scontare un grado di subalternità a livello sociale, deve, insomma esistere una diade gruppo sociale dominante favorito / gruppo sociale marginale o subalterno sfavorito⁹². Questa diade si risolve nel criterio del cosiddetto "modello di comparazione" che è diventato una delle condizioni di riferimento per qualificare un'azione come discriminatoria. In pratica, è necessario rinvenire, all'interno del consesso sociale, un gruppo cui sia riservato un trattamento più favorevole. Questa forzata ricerca dell'elemento comparatore è viziata non soltanto da un alto livello di astrattezza⁹³, ma anche da una semplificazione cognitiva che non permette di ricostruire la natura delle rivendicazioni an-

⁸⁹ K. Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁹⁰ Cfr. J. Butler, "Giving an Account of Oneself", in *Diacritics* Vol. 31, No. 4 (Winter, 2001), pp. 22-40.

⁹¹ Senza pretesa di esaustività, si segnalano i classici: A. L. Epstein, *Ethnos and identity: three studies in ethnicity*, London 1978; Festinger, L., *A theory of cognitive dissonance*, Stanford, Ca., 1957 (tr. it.: *Teoria della dissonanza cognitiva*, Milano 1973); E. Goffman, *Encounters: two studies in the sociology of interaction*, Indianapolis, Ind., 1961 (tr. it.: *Espressione e identità*, Milano 1979); C. Lévi-Strauss, (a cura di), *L'identità*, Paris 1977 (tr. it.: *L'identità*, Palermo 1980); M. Mauss, "Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de 'moi'", in *Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, 1938, LXVIII; G.H. Mead, *Mind, self and society from the standpoint of a social behaviorist*, Chicago 1934; T. Parsons, "The position of identity in the general theory of action", in C. Gordon e K. Gergen (a cura di), *The self in social interaction*, New York 1968, pp. 11-23.

⁹² A partire dalla nozione di subalternità sviluppata da A. Gramsci (Id., *Quaderni del carcere*, Einaudi, Torino, 1977), la dottrina indiana dei *Subaltern Studies* ha costruito una categoria teorica ricca di spunti per la discussione critica della costruzione necessariamente comparativa della discriminazione. Cfr., R. Guha, "On Some Aspects of the Historiography of Colonial India". In: Id. (a cura di): *Subaltern Studies I*, Oxford University Press, Delhi, pp.1-8, 1982; R. Guha and G.C. Spivak, (a cura di) *Selected Subaltern Studies*, Oxford University Press, New York, 1988; G.C. Spivak, "Can the Subaltern Speak?" in C. Nelson and L. Grossberg (a cura di), *Marxism and the Interpretation of Culture*, University of Illinois Press, 1988: 271-313.

⁹³ Come bene ha mostrato la Corte di Giustizia dell'UE nel caso *Dekker*, Sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, relativo allo stato di gravidanza come fattore di discriminazione. Nella decisione la CGUE afferma che lo stato di gravidanza costituisce un fattore di discriminazione potenziale che non necessita, per l'accertamento del comportamento discriminatorio, di alcuna comparazione con un gruppo dominante.

tidiscriminatorie. Come mostrato da Réaume⁹⁴, infatti, il carattere giuridicamente pregnante delle discriminazioni non è dato unicamente dalla valutazione di un trattamento differenziale, ma da un ulteriore giudizio normativo positivo e legato al bene o servizio che è sentito come strettamente connesso alla dignità della persona. Basti pensare a come vengono formulate le pretese in ambito di tutela antidiscriminatoria, ossia non tanto come richieste basate su argomenti di stretta uguaglianza formale, bensì attraverso un'argomentazione sulla qualità intrinseca di quel bene o servizio (una qualità, un interesse che si ritiene, eventualmente, di condividere con altri, ma che non nasce dalla constatazione astratta che altri gruppi ne usufruiscono). Questo appare chiaro se riflettiamo sulla discussione giuridica in merito alle leggi sul diritto di voto, o anche alla normativa sull'accesso alle prestazioni sociali.

Nel contesto che qui ci impegna, quello dello spazio del carcerario, questa critica alla comparazione necessaria appare ancora più potente e rilevante, dato che la cosiddetta "*leveling down objection*", ossia l'argomento per cui il legame indissolubile e totalizzante tra tutela antidiscriminatoria e gruppo maggioritario di comparazione in prospettiva ineluttabilmente egitaria rischia di portare a una revisione al ribasso del trattamento garantito al gruppo dominante stesso⁹⁵, non costituisce una mera possibilità o un rischio, ma una concreta e quotidiana realtà.

Insomma, riflettere, come fa il magistrato di sorveglianza di Spoleto, sul rischio di spoliamento trattamentale significa argomentare sul valore del trattamento in funzione di reinserimento sociale e non in correlazione a una visione fatalmente egitaria che rischia di portare a una pacificazione e parificazione al ribasso delle attività fra detenuti e detenute ordinari/e e detenuti e detenute ristretti/e nelle sezioni protette.

Significa, insomma, riportare la discussione intorno alla tutela antidiscriminatoria sul versante argomentativo della dignità, sulla scorta della costruzione giurisprudenziale data a questa nozione dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalla nostra Corte Costituzionale.

10. Antidiscriminazione e dignità

Il nostro percorso attraverso le aporie insite nella triade protezione-separazione-trattamento è partito da un caso concreto, da una decisione giudiziale che ha il merito di aver "preso sul serio" i diritti delle persone detenute. L'ordinanza in commento, infatti, si muove in una prospettiva ormai ineluttabilmente mutata. Mutata non tanto perché, dopo la riforma, l'Ordinamento penitenziario include espressamente il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale fra i fattori da tutelare contro ogni discriminazione all'interno dello spazio detentivo, quanto perché adesso esiste un espresso rimedio preventivo, l'art. 35 bis Ord. penit. che consente ai detenuti di convertire i propri "guai privati in questioni pubbliche"⁹⁶ e ai magistrati di sorveglianza di incidere sui diritti, rendendoli effettivi, giocando all'interno dello spazio proceduralizzato del diritto.

In questo nuovo orizzonte, quasi tutto ancora da immaginare, il tema della tutela antidiscriminatoria nello spazio penitenziario ha trovato un primo fronte di costruzione semantica che pone le radici proprio sulla visione contestuale e pragmatica delle esigenze di protezione e della vulnerabilità a esse connessa.

⁹⁴ Cfr. D. Réaume, "*Dignity, Equality and Comparison*", in D. Hellman and Sophia Moreau (eds.), *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

⁹⁵ La teoria della *leveling down objection* o *strategy* è espressa da H. Sheineman, "*The Two Faces of Discrimination*", in D. Hellman and S. Moreau (eds.), *op.cit.*, pp. 37 e ss.

⁹⁶ Secondo la formula di C. Wright Mills in Id., *The Sociological Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 1959.

A distanza di quasi quarant'anni la "scommessa" evocata da Fassone a comincia a delinearsi come una prospettiva concreta.