

**Art. 3 Cedu, omosessualità in carcere e rischi di c.d. “doppia detenzione”***Art. 3 ECHR, homosexuality in prison and risks of so-called “double detention”*

Lorenza Grossi

Dottoressa di ricerca in diritto penale nell'Università degli Studi Roma Tre

Sommario: 1. Diritti delle persone detenute e art. 3 Cedu: ci sarà pure un giudice a Strasburgo... – 1.1. *Segue*. La c.d. doppia detenzione: *X c. Turchia* e la tutela degli omosessuali in carcere. – 2. La detenzione delle persone omosessuali nell'ordinamento italiano. – 2.1. Giustiziabilità dei diritti delle persone detenute: per fortuna esiste un giudice a Strasburgo!

**ABSTRACT**

Il contributo si propone di esaminare il controverso tema della detenzione carceraria delle persone omosessuali, valorizzando sia le indicazioni ricavabili dal piano internazionale sia da quello strettamente nazionale. Il rischio per questa categoria di persone detenute è, in effetti, quello di essere sottoposte ad un regime di c.d. doppia detenzione, da cui deriverebbe una esclusione di rapporti con la restante parte della popolazione carceraria e con limitazioni rispetto alle attività trattamentali.

\*\*\*

*The paper aims to analyze the controversial issue of the prison detention of homosexual persons, enhancing the indications offered both by international law and by domestic legal provisions. The risk for this category of detained persons is, in fact, that of being subjected to a regime of so-called double detention, from which it would result in an exclusion of relationships with the rest of the prison population and any limitations with respect to treatment activities.*

**1. Diritti delle persone detenute e art. 3 Cedu: ci sarà pure un giudice a Strasburgo...**

Se la narrazione del “ci sarà pure un giudice a Berlino” ha ormai trovato piena rappresentazione nella realtà, sostituendo l’indicazione geografica con

Strasburgo<sup>1</sup>, con riferimento ai diritti dei detenuti sono state proprio le garanzie offerte dalla Convenzione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a conferire un volto "sempre più umano" alla esecuzione della pena. Si tratta di un processo per niente scontato, agevolato sia dalla natura "atipica" del trattato internazionale di cui si discute, che s'inserisce all'interno del nostro sistema delle fonti con rango *sub*-costituzionale, sia dalla interpretazione della Corte Edu, volta ad ampliare in una duplice prospettiva i diritti oggetto della Convenzione.

Per comprendere la collocazione "rafforzata" della Cedu all'interno del sistema delle fonti, occorre innanzitutto muovere dalle peculiarità che la Convenzione stessa presenta. Si tratta, infatti, di un trattato internazionale *sui generis* e ciò per almeno tre motivi: in primo luogo, la materia della Convenzione, cioè i diritti fondamentali; in secondo luogo, la predisposizione di un organo giurisdizionale *ad hoc*, la Corte di Strasburgo, che ha il potere di accertare e condannare le violazioni dei diritti riconosciuti nella Cedu; in terzo luogo, l'individuazione di un organo politico, il Comitato dei Ministri, il quale ha il dovere di vigilare sull'esecuzione della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo<sup>2</sup>.

È a partire dalle sentenze c.d. prime gemelle che la Corte costituzionale definisce il ruolo della CEDU all'interno del sistema delle fonti. La Cedu, come anticipato, è da un punto di vista normativo un trattato internazionale, la cui collocazione nel sistema delle fonti verrebbe cristallizzata dalla legge di recepimento: posto che la legge di recepimento è una legge ordinaria (legge 4 agosto 1955, n. 848), allo stesso rango sarebbe stata "confinata" la Convenzione. Si trattava, però, di una soluzione poco convincente, che, esautorando l'intera forza del Trattato stesso, avrebbe minimizzando l'importanza anche politica della *Magna Carta libertatum* europea: qualsiasi legge ordinaria successiva, infatti,

---

<sup>1</sup> L'espressione è ormai frequente in dottrina. Fra i tanti, A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2009, pp. 1801-1843; A. PUGIOTTO, *Caino, il diritto e i diritti di Caino*, in *DisCrimen*, 9 gennaio 2020, p. 9; O. MAZZA, *C'è un giudice a Strasburgo per chi non si sente tutelato "a casa"*, in *Il Dubbio*, 8 novembre 2021.

<sup>2</sup> Per tutti, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 69-70, che evidenzia fra gli altri caratteri di novità della Cedu la mancata previsione del principio di reciprocità (in base al quale uno Stato è obbligato al rispetto di quanto stabilito nel Trattato, sempre che gli altri Stati contraenti non violino essi stessi le previsioni ivi contenute).

ben avrebbe potuto derogare alla precedente, anche nell'ipotesi in cui fosse quella di recepimento della Cedu.

La possibilità di offrire una copertura blindata alla Convenzione Edu è diretta conseguenza della modifica del Titolo V della Costituzione, che, intervenendo sull'art. 117 Cost., ha stabilito al primo comma: «[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Con le prime sentenze gemelle, la Corte costituzionale, secondo alcuni introducendo per via interpretativa una gerarchia materiale<sup>3</sup>, ha "approfittato" del rinvio mobile contenuto all'art. 117 Cost., chiarendo la natura di norma interposta della Cedu. In quest'ordine di idee, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si porrebbe ad un livello inferiore alla Costituzione, ma ne arricchirebbe il parametro di legittimità costituzionale, sì che l'eventuale antinomia tra legge di rango inferiore e norma Cedu porterebbe alla caducazione della prima sotto forma di declaratoria di illegittimità costituzionale. Il "sistema Cedu", quindi, non godrebbe, almeno apparentemente, della "forza" riconosciuta al diritto europeo in senso stretto: in caso di antinomia con una norma interna, solo per quest'ultimo opererebbe il meccanismo della disapplicazione (con il limite dei controlimiti), mentre per la norma Cedu la "soluzione" passerebbe sempre attraverso la Corte costituzionale (con il limite dell'intera Costituzione – non più dei "soli" controlimiti). *Almeno apparentemente*: è proprio nella natura peculiare del trattato internazionale in questione che si nascondono le conseguenze più particolari.

Non sfugge, infatti, alla Corte costituzionale il ruolo protagonista ritagliato dalla Cedu alla Corte di Strasburgo: la presenza di un organo

---

<sup>3</sup> *Amplius*, G. PINO, *Interpretazione e crisi delle fonti*, Mucchi Editore, Modena, § 3.2.2. L'Autore muove dalla nozione di gerarchia normativa, che altro non è se non il rapporto tra due o più norme per cui una risulta sovraordinata all'altra. Utilizzando una comune classificazione (R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 241-254), al *genus* "gerarchia normativa" apparterebbero tre *species*: le gerarchie strutturali, materiali e assiologiche. La gerarchia materiale è quella per cui, poste due norme, una deve essere conforme all'altra, pena la sua invalidità – si pensi, come esempio classico, al rapporto tra legge ordinaria e Costituzione. Nel caso della Cedu, l'Autore ritiene che la gerarchia materiale creata all'esito delle prime gemelle sia stata prodotta in via interpretativa: la Corte costituzionale, in breve, avrebbe dapprima ravvisato la presenza di una gerarchia assiologica, ritenendo "più importante", "più adeguata", la norma Cedu rispetto alle altre fonti pari ordinate (la legge ordinaria), per poi offrirne una tutela "rafforzata" già sul piano delle garanzie istituzionali.

giurisdizionale deputato all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione impone al giudice delle leggi di ritenere che ad "accedere" nel nostro ordinamento – sempre per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. – non sia tanto la "disposizione" Cedu, quanto la "norma" Cedu – cioè il testo *così come interpretato* dall'omonima Corte<sup>4</sup>.

Il tenore di queste pronunce, che sembrava in parte mettere a sistema il "ruolo" di una giurisprudenza (europea dei diritti dell'uomo) come fonte del diritto, è stato nel tempo sottoposto ad un progressivo ridimensionamento: prima, con le c.d. seconde sentenze gemelle, la Corte costituzionale ha introdotto il criterio del "*maximum standard*", come diretta conseguenza di un margine di apprezzamento riconosciuto in capo agli Stati firmatari rispetto allo stesso diritto convenzionale, poi, con la sent. n. 49/2015, la selezione dell'efficacia vincolante delle sentenze della Corte Edu è stata limitata alle sentenze formalmente pilota (sottoposte alla particolare procedura prevista dall'art. 61 del Regolamento della Corte EDU) e sostanzialmente pilota (quelle, cioè, in cui pur in assenza della veste formale della sentenza pilota, venga riconosciuto un *deficit* sistemico dell'ordinamento)<sup>5</sup>. Non sembra un caso che proprio lungo le linee proprie o tangenti all'esecuzione penale si siano registrate le più significative decisioni di Strasburgo.

Con l'obiettivo di comprendere maggiormente questi aspetti e il ruolo centrale in ogni caso assunto dall'interpretazione dei giudici di Strasburgo è necessario un passo indietro.

---

<sup>4</sup> Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, § 4.6 del *Considerato in diritto*: «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47". Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di *adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione*. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una *funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia*» (corsivi non del testo). Sul punto, A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023, pp. 17 ss.

<sup>5</sup> Per maggiori approfondimenti, A. MASSARO, *op. cit.*, cit., pp. 25- 27.

Per quanto possa sembrare pleonastico, la premessa da cui appare utile muovere è quella che valorizza la tecnica legislativa fatta propria dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: non diversamente dalle Costituzioni moderne, il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo avviene attraverso una formulazione per "principi". Scompare la struttura del giudizio ipotetico kelseniano del "se A, allora B", che scolpisce nella protasi e nella apodosi il meccanismo consequenziale del diritto, e vengono affermati, anche attraverso un linguaggio che assume un "grado" di vaghezza maggiore, i diritti riferibili all'uomo in quanto tale<sup>6</sup>. Proprio con l'obiettivo di concretizzare i principi contenuti nella Convenzione europea, che sarebbe a dire: proprio con l'obiettivo di rendere "giustiziabili" quegli stessi diritti, la Corte Edu sin dalle sue primissime pronunce ha individuato e poi valorizzato due "anime" che appartengono, da un punto di vista sostanziale, ai diritti umani.

La base legale da cui gemma questa duplice anima dei diritti umani è l'art. 1 CEDU, icasticamente rubricato "Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo", secondo cui «[l]e Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». La traduzione italiana non sembra del tutto conforme alla originale versione inglese, in cui compare l'espressione "*shall secure*" (devono garantire/assicurare), rinviando ad una dimensione attiva e non solo "passiva" dell'azione richiesta dalla Convenzione agli Stati firmatari.

In questo solco, e facendo propria una tradizione già sufficientemente nota alla Corte costituzionale tedesca, i diritti riconosciuti all'interno della CEDU, secondo la Corte Edu, si pongono come punto di riferimento di un duplice obbligo sostanziale nei confronti degli Stati firmatari: il primo, a contenuto negativo, si risolve in un *non facere*, da intendersi come astensione dall'incriminazione e da ingerenze nel corretto esercizio del diritto riconosciuto nella Convenzione; il secondo, a contenuto positivo, attiene ad un *facere*, richiedendo agli Stati condotte positive volte a "proteggere" quel diritto, *anche attraverso la previsione di fattispecie incriminatrici* (si pensi, per restare agli esempi

---

<sup>6</sup> In tema, M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, spec. § 4.1; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 1, 2014, pp. 41-43.

più noti, alla vicenda relativa all'assenza di un delitto di tortura, che ha comportato la condanna dell'Italia nella nota vicenda *Cestaro c. Italia*)<sup>7</sup>.

Il discorso, poi, è destinato ad ampliarsi laddove entrino in gioco quei diritti che, più di altri, attengono alla dimensione più pregnante dell'uomo: il riferimento è alla vita e alla dignità umana, che trovano espressa tutela agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 4 (Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato) CEDU. In questi casi, accanto agli obblighi sostanziali, la Corte di Strasburgo ha enucleato un'ulteriore *species* di obblighi: i c.d. obblighi procedurali. Si tratta della dimensione più innovativa della ermeneutica fatta propria dalla Corte Edu<sup>8</sup>, che offre una copertura ad ampio raggio dei diritti umani, non limitata ai soli aspetti sostanziali, ma arricchita delle vicende che seguono alla violazione del diritto: sulla base dei c.d. obblighi procedurali, è imposto agli Stati di svolgere indagini effettive, in grado di portare alla individuazione e alla punizione *in concreto* di chi ha leso il diritto tutelato dalla Convenzione<sup>9</sup>. Questa opzione, del resto, sembra essere quella metodologicamente preferibile: è solo guardando all'intera "pellicola penale", che si snoda in sequenze di parte sostanziale, processuale e relative alla esecuzione della pena, che si può ambire a conoscere un fenomeno in sé unitario e a garantire *effettivamente* i diritti umani<sup>10</sup>.

Proprio con riferimento all'art. 3 CEDU, e con specifico riguardo alla tutela delle persone detenute, la Corte di Strasburgo, utilizzando la fitta schiera di obblighi summenzionati, ha nel tempo reso più umano il volto della pena. L'art. 3 CEDU pare estremamente laconico nella sua formulazione, limitandosi ad una previsione in negativo: «[n]essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Le indicazioni "in positivo" sono state, quindi, elaborate dalla Corte Edu ora attraverso l'utilizzo, in funzione specificativa, dei trattati internazionali firmati su determinati diritti presenti nella CEDU (così è stato, ad esempio, con riferimento all'esatto perimetro da attribuire alla nozione di tortura), ora definendo e distinguendo gli altri tipi di pene o trattamenti inumani o

---

<sup>7</sup> F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 2653.

<sup>8</sup> F. VIGANÒ, *op cit.*, pp. 252-253.

<sup>9</sup> *Ibidem*. Il quale rileva come la Corte di Strasburgo non abbia mai individuato il fondamento legale di questi obblighi, sebbene, forse, l'impressione sia quella per cui l'obbligo di cui all'art. 1 CEDU rechi con sé necessariamente anche le vicende che seguono alla violazione del diritto.

<sup>10</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, III ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 14-16.

degradanti<sup>11</sup>. In quest'ambito di idee, quindi, la tortura si caratterizza, in linea con le indicazioni provenienti dal panorama internazionale, per la crudeltà del trattamento oltre che per la particolarità finalità che muove la condotta dell'agente; seguendo un *climax* discendente di gravità, le pene e i trattamenti inumani acquisiscono spessore nel caso in cui abbiano cagionato intense sofferenze fisiche e/o mentali; le pene o i trattamenti inumani, invece, coinvolgono tutte quelle condotte che sviscerano la dignità umana<sup>12</sup>.

Questa triade in più occasioni è venuta in rilievo in tema di persone detenute. Nel caso *Cirino e Renne c. Italia*<sup>13</sup>, ad esempio, la Corte Edu ha ritenuto violato l'art. 3 CEDU da un punto di vista sostanziale. La vicenda riguardava due persone detenute sottoposte a reiterate violenze e maltrattamenti da parte degli agenti di polizia penitenziaria: i Giudici di Strasburgo, in quell'occasione, dopo aver qualificato le condotte poste in essere come tortura, hanno condannato lo Stato italiano non solo per aver violato il diritto garantito all'interno della CEDU, ma ancor di più per non aver predisposto un quadro sanzionatorio adeguato a prevenire (e sanzionare) fatti di tortura – a mancare, in effetti, era proprio il delitto di tortura. L'art. 3 CEDU, poi, ha rappresentato la base per censurare: il sovraffollamento carcerario, attraverso la nota sentenza pilota in *Torreggiani e al. c. Italia*<sup>14</sup>; il c.d. ergastolo ostativo, nel caso *Viola c. Italia*<sup>15</sup>; il trattenimento in carcere, per mancanza di posto nelle REMS, di un soggetto affetto da malattia psichiatrica, nella vicenda *Sy c. Italia*<sup>16</sup>.

### 1.1. Segue. La c.d. doppia detenzione: X c. Turchia e la tutela degli omosessuali in carcere

Se pur con riferimento allo Stato della Turchia, la Corte Edu si è pronunciata anche in merito al regime detentivo di persone omosessuali, censurando, sempre attraverso il ricorso all'art. 3 Cedu, il fenomeno della c.d. doppia detenzione.

---

<sup>11</sup> Per maggiori approfondimenti sulla interpretazione e applicazione dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v. European Court of Human Rights, Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights. Prohibition of torture, 21 agosto 2024, disponibile al seguente link: [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide\\_art\\_3\\_eng](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_3_eng)

<sup>12</sup> *Amplius*, A. MASSARO, *op. cit.*, cit., p. 235.

<sup>13</sup> Corte Edu, 26 ottobre 2017, ric. nn. 2539/13 e 4705/13, *Cirino e Renne c. Italia*.

<sup>14</sup> Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

<sup>15</sup> Corte Edu, 19 giugno 2019, *Viola c. Itala*, ric. n. 77633/16.

<sup>16</sup> Corte Edu, 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*, ric. n. 11791/20.

In via di prima approssimazione, con l'espressione "doppia detenzione" si è soliti fare riferimento alla condizione di ulteriore isolamento, che si affianca a quella propria dell'esecuzione della pena, quale effetto del regime di sicurezza disposto nei confronti dei detenuti sulla base dell'orientamento sessuale<sup>17</sup>. In alcuni casi, cioè, al fine di "proteggere" la persona omosessuale dal rischio di sopraffazioni, se ne dispone una assegnazione in sezioni o celle separate, da cui deriva una limitazione anche delle attività trattamentali: il concetto di doppia detenzione, allora, si riferisce alla ulteriore "ghettizzazione" che questi soggetti sono costretti a subire, che si unisce a quella propria del carcere.

Il problema è, dunque, relativo al difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza e trattamento, che potrebbe dar luogo ad una violazione dei diritti fondamentali della persona detenuta.

La Corte di Strasburgo ha affrontato *ex professo* questo tema nel caso *X c. Turchia*, in cui non si è esitato a ricondurre nell'ambito dei trattamenti inumani e degradanti la condotta dello Stato turco che, a fronte della dichiarata omosessualità di una persona sottoposta a custodia cautelare in carcere, ne aveva di fatto imposto, a fini di sicurezza, un regime di isolamento, con esclusione di qualsiasi attività trattamentale, cui era seguita una grave sindrome depressiva. Più nello specifico, X aveva dichiarato sin da principio la sua omosessualità ed era stato collocato all'interno di una cella condivisa con altri detenuti eterosessuali, i quali, però, lo avevano più volte intimidito e maltrattato per ragioni legate al suo orientamento sessuale. X, allora, tramite il suo avvocato aveva chiesto di essere collocato in una cella adatta alla sua condizione<sup>18</sup>, possibilmente insieme ad altri detenuti omosessuali. Le autorità carcerarie trasferivano X in una cella singola, utilizzata per l'isolamento come misura disciplinare o per i c.d. *sex offenders*<sup>19</sup>: la cella risultava piccola, poco illuminata e priva di lavandino; contestualmente, X veniva escluso da qualsiasi attività trattamentale, incluso lo svolgimento di attività fisica all'aperto, e, per l'effetto, era reciso ogni rapporto con gli altri detenuti. In breve: la Turchia, sia pur con l'obiettivo di evitare forme di sopraffazione nei confronti di X, attuava un isolamento basato sulla dichiarata omosessualità del detenuto. Nonostante le

---

<sup>17</sup> In tema, A. LORENZETTI, *Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri*, in *GenIUS*, 1/2017, 56-58; P. SCARFÒ, *La "doppia detenzione": carcere e transessualità*, in *SalvisJuribus*, 14 febbraio 2021.

<sup>18</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, 24626/09, *X c. Turchia*, § 8-9.

<sup>19</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., *X c. Turchia*, § 10.

reiterate richieste di X di essere reinserito all'interno della popolazione carceraria, nessun giudice ha ritenuto opportuno stemperare il regime cui era sottoposto. L'isolamento durerà per tredici mesi.

La Corte Edu, ribadendo i propri principi espressi sul tema, muove dai rapporti tra diritti delle persone detenute e dignità umana: l'art. 3 Cedu impone agli Stati firmatari di garantire condizioni detentive compatibili con il rispetto della dignità umana. Lo Stato non deve, cioè, infliggere sofferenze ulteriori rispetto a quelle già insite nella privazione della libertà personale e assicurarne la salute e il benessere<sup>20</sup>. Affinché l'isolamento possa essere attratto nella nozione di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3 Cedu* – precisano, poi, i giudici di Strasburgo – occorre verificarne la gravità attraverso parametri oggettivi (come la durata del trattamento, la severità della misura, l'obiettivo perseguito e gli effetti che ne sono derivati sulla persona<sup>21</sup>). Nel caso di specie, la Corte ritiene paradossale che la condizione di X prevedesse limitazioni maggiori rispetto a quelle disposte per le persone condannate all'ergastolo: queste ultime, infatti, potevano svolgere attività all'aria aperta ed erano concessi minimi contatti con altri detenuti della loro unità.

La Corte, infine, si concentra sugli strumenti rimediali previsti dallo Stato turco: anche su questo versante, le reiterate richieste di X non sono mai state esaminate nel merito. Le misure relative all'esecuzione della pena, in effetti, hanno natura amministrativa e sono interamente rimesse alla autorità carceraria.

Sebbene questo regime fosse stato disposto nei confronti di X per ragioni di sicurezza, la Corte evidenzia come le privazioni fossero nel complesso eccessive e, per l'effetto, irragionevoli, limitando ingiustamente i diritti del ricorrente: è perciò accertata, sul piano sostanziale, la violazione dell'art. 3 CEDU.

I giudici di Strasburgo, d'altra parte, riconoscono che la condotta dello Stato turco meriti di essere esaminata anche attraverso il filtro dell'art. 14 Cedu, in combinato disposto con l'art. 3 Cedu.

---

<sup>20</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., *X c. Turchia*, § 30: «[i]n that connection it reiterates that Article 3 of the compels the State to ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, §§ 92-94, ECHR 2000-XI)».

<sup>21</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., *X c. Turchia*, § 40.

L'art. 14 Cedu, che stabilisce il divieto di discriminazione nell'esercizio dei diritti garantiti nella Cedu, non avrebbe infatti un ambito di applicazione "esclusivo", ma acquisirebbe significato solo in relazione al godimento degli altri diritti previsti dalla Convenzione. Posta la violazione dell'art. 3 Cedu, si tratterebbe quindi di comprendere se la condotta della Stato turco sia stata dovuta a ragioni discriminatorie basate sull'orientamento sessuale di X.

La Corte anzitutto chiarisce come la distinzione basata sull'orientamento sessuale limita il margine di apprezzamento concesso agli Stati: non basterebbe, in questi casi, che la misura si riveli adeguata e proporzionata all'obiettivo prefissato, ma dovrebbe anche essere necessaria alle circostanze del caso<sup>22</sup>. Il discorso, però, reca con sé tutte le valutazioni già espresse dai giudici con riferimento all'art. 3 Cedu: la decisione, cioè, si inserisce con coerenza in un tracciato che in sé si connota per l'inadeguatezza e sproporzione delle misure adottate dalle autorità carcerarie. L'esito è quindi prevedibile: violazione anche dell'art. 14 Cedu.

## 2. La detenzione delle persone omosessuali nell'ordinamento italiano

Quanto alla situazione italiana, il divieto di discriminazione delle persone omosessuali (anche) all'interno della dimensione penitenziaria trova oggi una tutela multilivello: oltre alla Convenzione Edu, così come interpretata dai giudici di Strasburgo, decise sono le indicazioni derivanti da altre fonti internazionale, decisive quelle rinvenibili sul piano interno.

Sia pur con la (debole) vincolatività della normativa di *soft law*, le c.d. Mandela Rules (Regole minime standard per il trattamento dei detenuti) del 2015 e le Regole penitenziarie europee del 2006, aggiornate nel 2020 con Raccomandazione Rec(2006)2-rev, definiscono norme minime in materia di trattamento delle persone detenute. Tanto il testo delle Regole penitenziarie europee del 2006 quanto la versione "aggiornata" del 2020 ribadiscono il principio di imparzialità, cui segue logicamente il divieto di discriminazione.

Ben più convincente nei contenuti sembra, però, l'impostazione seguita dalle Mandela Rules: il divieto di discriminazione, come avviene anche per il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana, assume a proprio baricentro la dialettica fra regola ed eccezione o, se si preferisce, tra fine e mezzo.

---

<sup>22</sup> Corte Edu, 9 ottobre 2012, cit., X c. *Turchia*, § 50.

La regola 2, prevedendo l'imparzialità nell'applicazione dello statuto, al primo paragrafo oppone un netto rifiuto a qualsiasi discriminazione «per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origine nazionale o sociale, ricchezza, nascita o altra condizione».

Il secondo paragrafo, in maniera pressoché sovrapponibile all'impostazione seguita dai Costituenti, dispone, come necessario sviluppo dell'applicazione del principio di non discriminazione, la diversificazione basata sulle esigenze individuali, con particolare attenzione alle categorie che, per qualsiasi ragione, presentino un grado di vulnerabilità maggiore all'interno della dimensione carceraria.

Sul piano strettamente interno, le indicazioni decisive provengono dalla Carta costituzionale e, quindi, dall'ordinamento penitenziario del 1975. Rivolgendosi al legislatore, la Costituzione definisce le direttrici entro cui può dispiegarsi la discrezionalità politica. L'art. 3 Cost., che, come noto, prevede il principio di uguaglianza, al contempo limita e dirige il legislatore nella regolamentazione dei singoli diritti<sup>23</sup>: il primo comma, affermando la c.d. uguaglianza formale, dispone la pari dignità sociale dei cittadini e l'eguaglianza nell'applicazione della legge, «senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali». Il secondo comma, stabilendo l'uguaglianza sostanziale, integra e completa il primo comma, imponendo allo Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono «il pieno sviluppo della persona umana»<sup>24</sup>. A voler utilizzare la nomenclatura in uso presso la Corte Edu, potrebbe ritenersi che i due commi dell'art. 3 Cost., avvinti nei mezzi dallo stesso fine, stabiliscano due obblighi nei confronti del legislatore: il primo a contenuto negativo, si risolverebbe nel divieto di discriminazione; il secondo a contenuto positivo, trarrebbe invece la sua linfa nell'esigenza di livellare situazione impari.

---

<sup>23</sup> Con riferimento all'art. 3 Cost., per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Cedam, Padova, 1962, p. 834. Si badi, l'illustre Autore non sembra ritenere – come sostenuto, viceversa, nel testo – che tutte le norme costituzionali abbiano per destinatario il legislatore: gli artt. 97 e 101 Cost., ad esempio, secondo Mortati, si rivolgerebbero alla Pubblica amministrazione o al giudice. Quanto al destinatario dell'art. 3 Cost., però, si tratterebbe di un vincolo imposto al solo legislatore, che apre ai dubbi sull'*an* e sul *quantum* di discrezionalità legislativa nell'apprezzamento delle situazioni da regolamentare.

<sup>24</sup> Sulla dialettica tra uguaglianza formale e sostanziale, per tutti, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. Modugno, *Diritto pubblico*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2023, pp. 641-657.

Lungo questo tracciato, l'ordinamento penitenziario utilizza a perno dei diritti delle persone detenute la dialettica tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale. L'art. 1, primo comma, o.p., come diretta espressione dell'art. 3, primo comma, Cost., stabilisce che: «[i]l trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione». La dizione utilizzata è l'effetto della Riforma penitenziaria del 2018 (attuata con D.Lgs. 2 ottobre 2018, nn. 123 e 124)<sup>25</sup>, che ha colmato la lacuna della formulazione precedente, nella quale era omesso il riferimento al divieto di discriminazione *per ragioni di sesso*<sup>26</sup>.

In termini pressoché speculari e quale derivazione dell'art. 3, secondo comma, Cost., l'art. 14, ultimo comma, o.p., così come modificato dalla novella del 2018, dispone che «[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». Questa disposizione rappresenta certamente una delle modifiche più

---

<sup>25</sup> Si tratta di una riforma che, pur offrendo una dimensione più “umana” alla esecuzione della pena, non sembra essersi spinta fin dove poteva arrivare (o consigliavano di arrivare le Commissioni di riforma). In tema, *amplius*, A. DELLA BELLA, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 7 novembre 2018; A.M. CAPITTA, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2019, 1 ss.; M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 9 novembre 2018.

<sup>26</sup> Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'art. 1, secondo comma, o.p. antecedente alla riforma del 2018: «[i]l trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose». Per un commento (in termini critici) a questa formulazione, E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 157. Sull'art. 1 o.p. in una prospettiva diacronica, per tutti, V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub art. 1, in Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, VI ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 3 ss., spec. pp. 6-7.

riuscite della Riforma del 2018, superando, sul piano normativo, le aporie che recava con sé la (sola) disciplina previgente.

La protezione delle persone detenute ritenute "vulnerabili" sulla base dell'orientamento sessuale, infatti, trovava come unica base legale le indicazioni – estremamente scarse – rinvenibili nell'art. 32, terzo comma, reg. es., che disciplina le assegnazioni e i raggruppamenti per motivi cautelari. Il primo comma, in particolare, prevede l'assegnazione del detenuto che richieda particolari cautele in apposite sezioni o istituti, «anche per la tutela *dei compagni* da possibili aggressioni o sopraffazioni». Il comma terzo, invece, dispone l'assegnazione in "sezioni protette" per la tutela del detenuto *dai compagni di detenzione*, quando ci sia il rischio di aggressioni o sopraffazioni<sup>27</sup>. Questa previsione trova(va) nella prassi applicazione nei confronti dei collaboratori di giustizia, degli appartenenti alle forze dell'ordine, delle persone *transgender* e omosessuali, oltre che nei confronti dei c.d. *sex offenders*. La *ratio*, inutile a dirsi, è da rintracciare nelle ragioni di sicurezza, a scapito di quelle trattamentali, dando luogo a vere e proprie contraddizioni nella tutela dei diritti delle persone detenute.

Tutte le volte in cui le indicazioni del legislatore sono poco determinate, del resto, l'ampliamento in funzione integrativa della discrezionalità amministrativa o giudiziaria è fisiologico, con la conseguenza per cui si assiste a soluzioni basate "sul caso concreto" e a diseguaglianze nell'applicazione. L'effetto, specie nelle realtà di piccole dimensioni, era quello per cui le sezioni separate ospitavano detenuti la cui necessità di protezione traeva origine da situazioni diverse (c.d. sezioni separate "promiscue")<sup>28</sup>, creando difficili (e forse pericolose) convivenze. L'art. 32 reg. esec., poi, legittima operazioni di questo tipo perché fondate su mere ragioni di sicurezza, verificate dall'amministrazione e senza tener conto dell'eventuale consenso o dissenso del diretto interessato.

Si tratta, come anticipato, di una situazione superata, almeno astrattamente<sup>29</sup>, dal "nuovo" art. 14, ultimo comma, o.p., quanto meno rispetto

---

<sup>27</sup> In tema, F. GIANFILIPPI, L. LUPÁRIA, *Organizzazione penitenziaria, ordine e sicurezza*, in *Manuale di diritto penitenziario*, II ed., a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 128-134.

<sup>28</sup> Su questo aspetto, F. GIANFILIPPI, L. LUPÁRIA, *op. cit.*, p. 134, in cui si evidenzia come raggruppamenti di questo tipo di fatto vanificano le esigenze di protezione che stanno alla base della assegnazione in sezione separate.

<sup>29</sup> Sul "mancato rispetto" delle indicazioni del "nuovo" art. 14, ultimo comma, o.p., Mag. sorv. di Spoleto, 18 dicembre 2018, ord. n. 2407, relativa al reclamo proposto da una persona detenuta

alla detenzione delle persone omosessuali o *transgender*. Il nuovo assetto è ora basato su tre pilastri: (i) il consenso dell'interessato; (ii) l'assegnazione in sezioni *omogenee*, distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale; (iii) la partecipazione alle attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta. L'idea, insomma, è quella di evitare ogni forma di ghettizzazione o doppia detenzione, sia di tipo *interno* – cioè derivante dall'isolamento rispetto alla restante popolazione carceraria – sia di tipo *esterno* – attraverso l'assegnazione a istituti penitenziari in cui siano presenti sezioni omogenee, ma in deroga al criterio della massima prossimità al nucleo familiare di cui all'art. 14, primo comma, o.p.

Gli obiettivi, nitidi nella loro enunciazione, scolorano però nei fatti in sede di applicazione. L'adagio è antico e resta sempre lo stesso: tra il dire e il fare c'è in mezzo il mare.

Il XVIII rapporto dell'Associazione Antigone sui diritti LGBTQ+ in carcere del 2022 offre dati impietosi: «gli omosessuali registrati dall'amministrazione penitenziaria ad oggi sono 64: essi sono assegnati a sezioni protette per la stragrande maggioranza, 57 in tutto. Dei restanti, 4 sono in isolamento individuale per ragioni protettive, 2 in sezioni comuni e 1 stazionante in accoglienza. Gli istituti che accolgono "protetti omosex" ad oggi sono 20: di questi, 15 prevedono l'allocazione di norma in sezioni promiscue, 2 nella sezione per autori di reati che provocano riprovazione sociale, solo 3 ne hanno una separata omogenea per omosessuali»<sup>30</sup>. Si specifica nel rapporto che nei tre istituti in cui sono presenti sezioni separate omogenee si contano le presenze più numerose di detenuti omosessuali: il diritto, insomma, è condizionato dall'istituto di appartenenza.

In breve: il quadro normativo c'è ed è coerente con i principi costituzionali, convincente nelle implicazioni sostanziali; il diritto soggettivo, però, pur «affiorato», resta, di fatto, «sommerso»<sup>31</sup>.

---

assegnata in una sezione protetta promiscua, la cui offerta trattamentale era talmente limitata da apparire inesistente. Il giudice di sorveglianza accoglie il ricorso, offrendo, nella dotta motivazione, una puntuale disamina delle esigenze di protezione e trattamentali che fanno da sfondo alla tutela dei diritti dei detenuti in carcere.

<sup>30</sup> A. ROSSI, XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione. I diritti LGBTQ+ in carcere, Rapporto Antigone, 26 aprile 2022.

<sup>31</sup> Per la "tripartizione" dei diritti (non solo) delle persone detenute in diritti emersi, a effettività emersa e sommersi, S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, spec. pp. 184-185. L'Autrice precisa come si tratti di categorie duttili: un diritto potrebbe infatti "affiorare", per

### 2.1. Giustiziabilità dei diritti delle persone detenute: per fortuna esiste un giudice a Strasburgo!

La questione, allora, si sposta inevitabilmente sui rimedi previsti in favore delle persone detenute, affinché possano agire in tutela dei propri diritti: è un tema tutt'altro che scontato, posto che fino a non troppo tempo fa mancavano rimedi giurisdizionali idonei a far valere molte situazioni giuridiche soggettive prontamente "riconosciute" dall'ordinamento. Fino al 2013, infatti, la violazione dei diritti delle persone detenute, da un punto di vista legislativo<sup>32</sup> e salve ipotesi specifiche (artt. 14-ter, 30-bis e ter, o.p. e 678 e 666 c.p.p.), era affidata ad un solo rimedio generico, l'art. 35 o.p., di carattere *non* giurisdizionale. Il giudice delle leggi, con sentenza 9 febbraio 1999, n. 26, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di quest'ultimo articolo, rilevando un'omissione incostituzionale<sup>33</sup>: a mancare era proprio «una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale»<sup>34</sup>.

Con questa pronuncia, che assume le vesti di una sentenza additiva di principio<sup>35</sup>, la Corte costituzionale invitava il legislatore ad intervenire sulla materia, attraverso l'introduzione di un reclamo giurisdizionale: era, infatti,

---

l'effetto di un intervento della Corte costituzionale secondo lo schema delle c.d. rime obbligate o per via legislativa, ma rimanere di fatto "sommerso" sul piano dell'efficacia applicativa.

<sup>32</sup> Corte cost., 9 febbraio 1999, n. 26, su cui, per tutti, M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 1999, pp. 203 ss.

<sup>33</sup> Sulle omissioni incostituzionali, obbligato il riferimento a C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, fasc. 9, 1973, pp. 153 ss., il quale precisa che la omissione si differenzia dalla lacuna proprio perché apprezzabili in relazione ad un obbligo. Nel caso della sent. n. 26/1999, posta la incostituzionalità con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., si tratterebbe di un obbligo discendente da questi articoli.

<sup>34</sup> Corte cost., 9 febbraio 1999, n. 26, § PQM.

<sup>35</sup> Per la qualificazione di questa sentenza come "additiva di principio", M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, cit., pp. 203 ss., spec. 221: «[l]a soluzione offerta dalla Corte nella sentenza *de qua* è però un'altra e assume i connotati propri della "additiva di principio". Il principio, in questo caso, è quello della "giurisdizionalità" dei rimedi avverso le determinazioni dell'amministrazione penitenziaria potenzialmente lesive dei diritti dei detenuti e degli internati. Principio cui il legislatore dovrà uniformarsi e per mezzo del quale dovrebbe essere possibile l'integrazione giurisprudenziale del diritto lacunoso, in modo da realizzare, nel periodo transitorio, "una situazione prossima alla legalità costituzionale, o almeno, se si vuole, meno lontana da essa di quella imposta dalla formulazione originaria della normativa impugnata"».

precluso alla Corte un intervento additivo "secco", proprio perché le possibilità di intervento erano ampie e si trattava di una scelta discrezionale rimessa al legislatore<sup>36</sup>.

A fronte dell'inerzia del Parlamento, la giurisprudenza, con l'obiettivo di colmare il vuoto normativo, ha esteso la disciplina prevista all'art. 14-ter o.p.<sup>37</sup>, così offrendo una tutela ai diritti delle persone detenute – sia pur in assenza di una solida base legale. Solo nel 2013 il legislatore si è deciso a prevedere degli istituti *ad hoc*, dimostrandosi particolarmente solerte ad ascoltare i moniti della Corte (non più Costituzionale, ma) di Strasburgo, attraverso l'introduzione degli artt. 35-bis e 35-ter o.p. Il caso è noto e l'esito tangibile: a fronte della sentenza *Torreggiani*<sup>38</sup>, adottata secondo la procedura della sentenza pilota proprio in ragione del carattere strutturale del sovraffollamento carcerario, la Corte Edu "denunciava" la carenza dei rimedi interni (in particolare dell'art. 35 o.p.) e obbligava lo Stato italiano a introdurre rimedi di carattere preventivo e compensativo a tutela dei diritti delle persone detenute<sup>39</sup>.

Ad oggi, quindi, nei casi di c.d. doppia detenzione le strade astrattamente perseguibili sono almeno due (fra loro *non* alternative). Come già avvenuto all'indomani della riforma del 2018<sup>40</sup>, è possibile, anzitutto, far valere il proprio diritto a non essere discriminato attraverso un reclamo presentato *ex art. 35-bis* o.p.: il magistrato di sorveglianza, così come disposto dall'art. 69, sesto comma, lett. b), o.p., deve infatti provvedere, secondo le forme prescritte dall'art. 35-bis o.p., sui reclami relativi alla «inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». Potrebbe trattarsi, in ogni caso, di una tutela comunque dimezzata: nell'ipotesi in cui l'istituto penitenziario di appartenenza non contenga sezioni separate omogenee, l'unica via sarebbe quella di un trasferimento ad altro istituto, con il rischio di derogare al principio della massima prossimità al nucleo

---

<sup>36</sup> Sulla possibilità di estendere già in sede di giudizio costituzionale l'art. 14-ter o.p., M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, cit., pp. 211-213.

<sup>37</sup> *Amplius*, M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 6 agosto 2016, pp. 19-20.

<sup>38</sup> Corte Edu, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., 8 gennaio 2013.

<sup>39</sup> Corte Edu, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., 8 gennaio 2013, spec. § 96-99

<sup>40</sup> Mag. sorv. di Spoleto, 18 dicembre 2018, ord. n. 2407, *supra* nota 29.

familiare di cui all'art. 14, primo comma, o.p., che potrebbe comportare una doppia detenzione di tipo "esterno"<sup>41</sup>.

Insieme a questa possibilità, poi, la persona detenuta potrebbe presentare reclamo *ex art. 35-ter o.p.*: si tratta di un istituto a carattere compensativo, attraverso il quale è riconosciuto al detenuto uno sconto di pena o una somma di denaro per ogni giorno di detenzione trascorso in condizioni tali da violare l'art. 3 Cedu. Proprio il rinvio all'art. 3 Cedu, presente anche nella rubrica dell'articolo, dà forma ad un autentico nodo interpretativo. Il primo comma, infatti, precisa che, affinché possa essere presentato il reclamo e conseguentemente concessa la compensazione, le condizioni di detenzione devono essere «tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 8848, *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*». L'idea di una giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo come autentica fonte del diritto riecheggia con forza, insieme ai dubbi relativi all'esatto significato da attribuire all'espressione utilizzata dal legislatore.

Occorre anzitutto chiedersi se il giudice nazionale sia vincolato alla interpretazione offerta dai giudici di Strasburgo, anche quando sia possibile addivenire, sul piano interno, ad una soluzione ermeneutica più favorevole al singolo<sup>42</sup>. Sembrerebbe questa l'impostazione seguita dalle sezioni unite della Corte di cassazione, secondo le quali, in casi di questo tipo, la lettera della legge imporrebbe di applicare l'orientamento eventualmente più sfavorevole della Corte Edu, con la conseguente necessità, sempre teorica, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter o.p. per contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost.<sup>43</sup>. I giudici precisano, però, che si tratti di una questione comunque

---

<sup>41</sup> *Supra* § 2.

<sup>42</sup> Per una critica a questa impostazione, A. MASSARO, *op. cit.*, pp. 29-31.

<sup>43</sup> Cass. pen, S.U., 24 settembre 2020 (dep. 19 febbraio 2021), n. 6551, *Commisso*, § 10 del *Considerato in diritto*: «[b]enché tali pronunce [cioè quelle che ritengono sia possibile interpretare l'art. 35-ter o.p. in senso ulteriormente più favorevole rispetto a quanto affermato dai giudici di Strasburgo] siano ispirate dalla giusta esigenza di garantire al meglio i diritti fondamentali dei detenuti, in ossequio al dettato costituzionale, è il sistema fin qui delineato che impedisce al giudice nazionale di adottare un'interpretazione dell'art. 3 della CEDU differente da quella consolidata fornita dalla Corte EDU su uno specifico aspetto, perché ciò violerebbe sia il principio dell'obbligo per il giudice comune di uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, sia lo stesso art. 35-ter ord. pen. che, appunto, ha reso la predetta giurisprudenza consolidata la fonte normativa mediante il rinvio per *relationem* più volte ricordato.

Resta, senza dubbio, la possibilità del ricorso alla Corte Costituzionale [*sic!*] nel caso in cui il giudice ravvisi che la norma dell'art. 35-ter *cit.*, così applicata, contrasti con il divieto posto

ultronea, posta la sostanziale equivalenza tra il contenuto dell'art. 3 Cedu e dell'art. 27, terzo comma, Cost. Questa conclusione, che meriterebbe in realtà un approfondimento maggiore, non pare del tutto convincente. In questa sede, basta porre in evidenza la diversa formulazione dei due principi: la previsione convenzionale, infatti, si caratterizza per una formulazione "in negativo"; quella costituzionale, invece, accanto ad una previsione negativa («[l]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»), individua un contenuto positivo («e devono tendere alla rieducazione del condannato»), che potrebbe legittimare (*rectius*: imporre) interpretazioni che vadano anche oltre l'attività ermeneutica dei giudici di Strasburgo.

Se il riferimento, poi, è alla questione di legittimità sull'art. 35-ter o.p., è forte la tentazione di ritenere che norma parametro possa o debba essere l'art. 101 Cost., nel momento in cui dispone «[i] giudici sono soggetti soltanto alla legge».

L'impressione, però, è che sia prospettabile un orizzonte diverso.

È evidente che il richiamo all'art. 3 Cedu abbia per obiettivo quello di massimizzare le tutele del singolo, creando un meccanismo risarcitorio che si attegga ad autentica sanzione da parte dello Stato nei confronti di se stesso, così censurando pratiche che violano i diritti umani, con una sanzione che assume maggiore consistenza a seconda della durata del trattamento.

Non bisogna dimenticare che prima ancora dell'art. 3 Cedu, nel nostro sistema delle fonti, domina il dettato dell'art. 27, terzo comma, Cost. Questi due articoli, sia pur da "piani" diversi, guardano allo stesso fenomeno e ampliano la tutela della dignità del singolo: l'art. 3 Cedu, come norma di rango *sub-costituzionale*, l'art. 27, terzo comma, come norma di rango *costituzionale*.

Gli articoli costituzionali, del resto, compenetrano nella legge ordinaria, agendo in funzione integrativa, tutte le volte in cui l'ordinamento riconosce delle situazioni giuridiche soggettive: è quanto accaduto, ad esempio, relativamente all'art. 27, primo comma, Cost. con riferimento ai casi di c.d. responsabilità oggettiva<sup>44</sup>; è quello che accade quando è la legge stessa a menzionare trattamenti potenzialmente lesivi della dignità personale. L'art. 3 Cedu, in breve, amplia le tutele del singolo, ma può (e deve) essere ulteriormente integrato dall'art. 27, terzo comma, Cost. quanto alle tutele di chi è sottoposto a restrizioni della libertà

---

dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione: ma si tratta di ipotesi astratta, attesa la sostanziale coincidenza di contenuto tra la norma costituzionale e quella convenzionale e l'autorevolezza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo». [corsivi non del testo]

<sup>44</sup> *Amplius*, per tutti, M. GALLO, *op. cit.*, cit., pp. 11-14.

personale. L'idea, insomma, è che un innalzamento delle tutele oltre l'art. 3 Cedu (così come interpretato dai giudici di Strasburgo) si legittimi – e, anzi, sia *imposto* - sulla base dell'art. 27, terzo comma, Cost., senza altre necessità.

Nel caso della c.d. doppia detenzione proprio l'interpretazione offerta dai giudici di Strasburgo agevolerebbe la qualificazione del "trattamento" di questo tipo come inumano: che ciò si ricavi agevolmente già sulla base dell'art. 27, terzo comma, Cost., nessuno vorrà dubitarne; è solo semplificato l'accertamento sulla base di quanto già affermato dalla Corte di Strasburgo.

E c'è di più. La possibilità della sanzione nei confronti dello Stato, specie laddove il problema è strutturale e diffuso, potrebbe (o dovrebbe) imporre allo stesso Stato di porre fine alla violazione, in maniera definitiva ed uniforme. Lo strumento dell'art. 35-ter o.p., insomma, potrebbe avere una portata ben più significativa, permettendo di "anticipare" condanne a Strasburgo, laddove la prassi evidenzia il carattere strutturale di una violazione.

Poi, se pure non bastasse, sempre aperta è la strada di Strasburgo e di quel giudice, che, per fortuna, esiste.

INC