



Conferimento della Laurea honoris causa in Giurisprudenza a Mauro Palma
Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale
5 novembre 2019

Mauro Palma

Lezione Magistrale

Desidero ringraziare innanzitutto l'Università degli Studi "Roma Tre", il Dipartimento di Giurisprudenza, il Senato accademico e, in particolare, il Magnifico Rettore per l'onore del conferimento di questo riconoscimento accademico. Ringrazio altresì il Professore Ruotolo per la stima e la lunga esperienza di riflessione e ricerca attiva sviluppata in comune in questi anni, nonché tutte le persone – molte delle quali oggi presenti – che in questi anni hanno tenuto viva l'attenzione sul tema dei diritti di coloro che, per storie e motivi diversi, ne vivono il rischio della compromissione, nella contingente situazione dell'impossibilità di disporre del proprio tempo e del proprio autonomo agire: nonché tutti coloro che a tali persone dedicano professionalità e attenzione ai diversi livelli di azione di lavoro o di impegno volontario.

Con voi oggi presenti, voglio condividere alcune riflessioni sul tentativo di operare giustizia nel complesso e multiforme ambito della restrizione della libertà personale.

1. A partire dalla giustizia

“Giustizia” è parola che induce timore e che esige impegno. Parola da pronunciare con modestia, discrezione e con la consapevolezza della sua mai compiuta raggiungibilità, così come della sua assoluta centralità in ogni contesto sociale che possa definirsi civile. Per questo chi si occupa dei sistemi normativi sia di natura etica, sia di natura giuridica deve sempre misurarsi con il tema della giustizia e chi ha il compito di vigilare sull'effettività dei diritti affermati deve centrare la propria azione sulla tendenza alla massima giustizia possibile. La giustizia ha a che vedere con il comportamento umano rispetto ad altri uomini, individualmente o collettivamente considerati, e con le reciproche relazioni tra l'individuo e l'organizzazione sociale di cui è parte. Le norme che tentano

di rendere definito e certo il terreno dell'esercizio di giustizia, attraverso l'individuazione di un sistema di diritti tali che il comportamento dell'uno possa ritenersi 'giusto' nella misura in cui rispetta i diritti degli altri, devono avere nella definizione un carattere di generalità assoluta, pur nella loro evoluzione storicamente determinata, e nell'applicazione un carattere di misura e relazione. Chi vigila sulla loro applicazione e sui relativi esiti deve sempre tenere chiari questi due assi di riferimento: la effettiva tassatività anche formale della norma e la sua capacità di modularsi nella situazione in esame, da cui discendono gli effetti della sua applicazione.

La Giustizia è sempre maestosa nella raffigurazione che ci viene consegnata da chi cerca di rappresentare allegoricamente l'ordine armonico dei rapporti tra le persone. Una affermazione maestosa che però è tanto più esplicita e resa simbolicamente evidente, quanto meno in realtà praticata nel contesto in cui vive chi la rappresenta. L'ideale di giustizia acquista visibilità iconica accentuata laddove rappresenta una tensione e non una situazione in atto. Lo era per le rappresentazioni classiche, così come lo è nel nostro misurarci con ciò che viene definito esercizio di giustizia attuato con gli strumenti del diritto.

Così Ambrogio Lorenzetti, per esempio, ci rappresenta il legame tra Sapienza, Giustizia e Concordia, ponendo la figura della Giustizia in trono **I.Lorenzetti: Il buon governo** – e del resto in modo simile anche a quanto rappresentato da Giotto una trentina di anni prima nella Cappella degli Scrovegni – quasi in una posizione di immutabile fermezza, promanata dalla Sapienza che la sovrasta; ed è quest'ultima a tenere la bilancia che la Giustizia è chiamata a far agire. L'autore, nel suo allegorico *Buon governo*, ne pone a coronamento il primo versetto del *Liber Sapientiae* – «Amate la giustizia voi che governate il mondo» – che anche Dante fa comparire in cielo nella formazione che le trentacinque anime tracciano via via come un disegno che si compone in trentacinque lettere (*“Mostrarsi dunque in cinque volte sette vocali e consonanti; ed io notai le parti sì, come mi parver dette”*).

Dalla Sapienza discende l'amministrazione sia della giustizia distributrice, regolatrice in termini di proporzione dei rapporti pubblici, sia della giustizia commutativa che regola in equità aritmetica i rapporti tra singoli. Ma, nel grande affresco di Lorenzetti, dalla bilancia scendono due corde che vanno a dare senso alla Concordia – non una virtù, ma un obiettivo, posta a livello della terra; eppure nella proporzione, non reale ma simbolica, ben più grande delle figure che sono sul suo stesso piano rispetto all'osservatore. La Concordia, nel suo dare indicazione alla processione delle ventiquattro figure che rappresentano le città del territorio senese, riceve, appunto, le corde della Giustizia. È il suo naturale esito: accentuato proprio dalla presenza delle due corde, forse – come è stato osservato

da Chiara Frugoni¹ – anche per un erroneo etimo della parola stessa come proveniente da *cum chorda* o per una implicita citazione ciceroniana nel *De Republica*, quando appunto l’armonia nel suono, anche di strumenti a corda, è assimilata al buon accordo nella città.

La Giustizia, quindi, proviene dalla Sapienza e determina la Concordia. Questa immagine ci interroga e pone subito la connotazione *relazionale* che il concetto stesso di giustizia porta con sé. Non è ancora quella Giustizia strettamente punitiva, che misura con la sua bilancia mali e punizioni corrispondenti; quella Giustizia della misura retributiva che insegue falsamente la possibilità di un equilibrio, sempre asimmetrico tra aggressione subita, male sofferto e punizione dell’autore, a cui molte rappresentazioni successive e soprattutto molto dibattito del presente ci hanno assuefatto. Un’idea riduttiva dell’esercizio di giustizia, questa, che non considera l’impossibilità di un equilibrio con i soli due piatti e con strumenti uguali tra chi accede alla misura della bilancia da condizioni sociali, soggettive, relazionali totalmente dissimili. Alla Giustizia della bilancia così interpretata si può chiedere al più di non amplificare – come invece oggi accade – le differenze sostanziali che caratterizzano gli individui nella scena pubblica e che accedono alla sua misura. Si può – e si deve – chiedere una capacità di regolazione tale che il suo esercizio effettivo si caratterizzi per la funzione inclusiva propria della diminuzione di tali differenze, ben conoscendo comunque la difficoltà che essa possa agire in tal senso in un contesto sociale che sulle disuguaglianze fonda i propri rapporti di costruzione materiale, simbolica e relazionale.

La giustizia agita, può essere solo un’approssimazione della Giustizia ipotizzata e ricercata. Un’approssimazione che avviene attraverso gli ordinamenti che la società è in grado di darsi nei diversi contesti storici del suo evolversi; attraverso lo strumento del diritto. Ma, tale strumento limitato ha un riferimento fissato in valori sapienziali, che sono da un lato le connotazioni della Giustizia e dall’altro le sue tensioni: sono frutto di storia e, quindi, mobili nella loro diacronia, ma intoccabili in ciascuno dei momenti in cui si enunciano.

Questi valori sapienziali sono, nella mia visione dell’approssimazione che il diritto ci dà della Giustizia a cui un ordinamento deve tendere, le elencazioni dei diritti fondamentali che le Costituzioni fissano, quali diritti civili, sociali, politici, in cui la comunità si riconosce nonché e soprattutto quei diritti che attengono alla persona in quanto tale, all’*human being*, nudo rispetto a ogni altra connotazione. Questi rappresentano il nocciolo del riconoscimento della persona stessa e, in una ipotesi classificatoria che riprendo da Luigi Ferrajoli² sono definibili come *diritti primari attinenti alla persona naturale*. La loro mobilità diacronica è, come ho detto, nel loro essere frutto di vicende

¹ Chiara Frugoni, *Sentimenti e immagini del Medioevo*, in «Iter» n. 4, Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1999.

² Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol.I, Laterza, Bari, 2007, pp. 731-737.

e lotte costruttrici di culture e nel loro potenziale evolversi sicché qualcosa che oggi non riconosciamo come diritto proprio di ogni persona – per esempio il diritto all’altrove in ogni luogo, indipendentemente dai limiti posti dal confine e dalla sovranità – potrà esserlo domani. Ma, al contempo, sono assoluti nella loro sincronia attuale perché ciò che la contemporaneità ha portato ad affermare come diritto umano lo affermiamo per ogni persona in ogni luogo.

Difficile pensare in un contesto pre-contemporaneo all’affermazione che «tutti gli uomini nascono liberi e uguali in dignità e diritti» come impossibile non pronunciarla oggi per ogni persona e non misurare le norme che i nostri ordinamenti si sono dati e che via via adottano senza tenere salda l’assolutezza di tale affermazione. Un’affermazione che chi ha il compito di verificare le condizioni della privazione della libertà o di quelle restrizioni della stessa talmente rilevanti e dure da non permettere di fatto l’espressione della propria autodeterminazione, è chiamato a ribadire oggi con sempre maggiore frequenza e incisività.

Ma, la rappresentazione iconografica della Giustizia ha anche visto nel corso del tempo alcuni cambiamenti o accentuazioni simboliche che sono indicativi del mutare delle attenzioni poste al concetto stesso di giustizia. Non solo il mutamento del significato della bilancia, da regolativo delle relazioni pubbliche e private a valutativo di un equilibrio tra punizione e male commesso; o anche una maggiore accentuazione della simbolica della spada che della Giustizia rappresentata costituisce un frequente attributo. Ha visto anche gli occhi bendati. Molti autori hanno scritto sulla rappresentazione bendata della Giustizia, dopo la sua comparsa derisoria, nell’incisione di autore ignoto – forse per taluni Albrecht Dürer – nell’opera dell’umanista alsaziano Sebastian Brant *La nave dei folli* (*Narrenschiff*) **2.Dürer: Frontespizio per Brant** apparsa verso la fine del quindicesimo secolo (1494). La Giustizia è qui rappresentata con i consueti attributi di bilancia e spada ma è bendata da un folle posto dietro di lei. Ha osservato Adriano Prosperi, che a quella rappresentazione iconografica della Giustizia bendata ha dedicato un corposo saggio, che quell’immagine ha avuto un inatteso seguito nei secoli: «È tornata di continuo alla ribalta della comunicazione simbolica, con valori e significati diversi, addirittura opposti: nata [...] come critica dei difetti dell’amministrazione della giustizia, fu ripresa e poi continuamente riproposta con valore positivo a indicare un modello ideale degno di approvazione: e i due modi di leggerla, quello negativo e critico e quello propositivo e propagandistico, si sono intrecciati in vario modo»³. Perché la benda è divenuta segno dell’imparzialità, sempre più ricercata via via che la società complessa e l’affermarsi di nuovi e diversi poteri hanno posto l’accento sul rischio di parzialità di chi giudica.

La cecità, che all’epoca di Brant era vista come difetto per chi doveva amministrare un compito

³ Adriano Prosperi, *Giustizia bendata*, Einaudi, Torino, 2008, p.8.

che richiedeva sguardo ben acuto – da cui l’incisione derisoria – è stata poi letta diversamente dal non vedere in quanto bendati proprio per evitare il rischio dell’accecamiento prodotto dall’esterno distraente; la benda è divenuta così protettiva perché «un giudizio senza benda cede a quelli che cercano di corrompere la sua integrità perché li riconosce come *fautores, amici, consanguinei, familiares, divites*» – scrive il giurista Joos Damhouder nel commentare una incisione olandese del XVII secolo in cui la Giustizia ha due volti uno bendato e l’altro no ⁴ **3.Incisione della Gerechtigkeitsbild**, quello a occhi aperti è rivolto a un gruppo di autori di un furto, l’altro è bendato perché non vuol sapere chi siano le vittime. Ma, osserva sempre lo stesso autore, se fosse solo bendata rischierebbe di essere soltanto ostile. La commistione – commenta un altro autore e giurista che si è interessato al tema, Mario Sbriccoli – indica la doppia necessità e il doppio rischio⁵.

Oggi non sappiamo se la Giustizia sia bendata quando le telecamere sono nell’aula processuale. Vorremmo che lo fosse per assicurare il suo non essere influenzata dalla teatralizzazione della scena del processo. Ma, vorremmo che avesse occhi ben aperti per cogliere le differenze dei soggetti che a lei guardano nel desiderio di avere giustizia, per modulare le forme concrete dell’esecuzione delle sentenze che dal suo esercizio discendono e che, nell’astrattezza di un concetto bendato di uguaglianza applicato alla concretezza di soggetti diversi nella loro consistenza sociale e individuale, producono maggiori differenze e maggiore esclusione.

L’idea ordinamentale dell’esercizio di giustizia – di una Giustizia che abbia occhi per comprendere pur rimanendo bendata verso un’invasione di altri sguardi che la vogliono di fatto accecare – la ritrovo nelle parole di Hans Kelsen nella sua ultima lezione del 17 maggio 1952 quando afferma: «La ‘mia’ giustizia è [...] la giustizia della libertà, della democrazia: in breve, è la giustizia della tolleranza»⁶.

Questa è la lente attraverso la quale va costruita l’osservazione dei luoghi di privazione della libertà, nell’aspirazione di tendere a una migliore espressione del valore della giustizia. È lo stesso sguardo, nel periodo recente, del *Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale* verso la vasta platea di persone oggetto del proprio compito di vigilare, con occhio preventivo, sulla effettività dei diritti che Costituzione e Convenzioni internazionali assicurano a ogni persona, nonché di quelli che discendono dalla condizione di minorità specifica che la restrizione o la privazione della libertà comportano. Ricercando così un esercizio di giustizia volto alla democrazia,

⁴Joos Damhouder, *Praxis rerum criminalium, elegantissimis iconibus ad materiam accommodis illustrata, praetoribus, propaetoribus, consulibus, proconsulibus, magistratibus, reliquisque id genus iusitiariis ac officiariis, non modo utilis sed et necessaria*. Antuerpiae, apud Ioannem Bellerum, 1556.

⁵ Mario Sbriccoli, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all’Età moderna* in Id. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*. Giuffrè, Milano, 2009.

⁶ Hans Kelsen *What is Justice?*, California Press University, Berkley, 1957, p. 24.

alla tolleranza, al riconoscimento dell'essenzialità dei diritti della persona, sia essa libera o detenuta, per ragioni penali o amministrative, o ricoverata in una struttura sanitaria e sottoposta a trattamenti non volontari oppure ospitata in luoghi dove la sua disabilità viene fatta vivere come ostacolo a un qualsiasi esercizio di autonomia. Ben sapendo che – come ricorda lo stesso indiscusso esponente del normativismo giuridico nei suoi *Studia philosophica*, «la giustizia assoluta non è conoscibile alla ragione umana» e, quindi non raggiungibile. «Dobbiamo accontentarci di valori possibili di giustizia»⁷.

2. *Il confine labile tra restrizione e privazione della libertà*

Il concetto attorno a cui ho cercato di dedicare studio e impegno attivo per un tratto ampio della vita e, più recentemente, nel contesto dell'attività di prevenzione del *Garante nazionale* è quello di *privazione della libertà*. Sembra un concetto semplice da definire, regolato nella sua concretizzazione da un vincolo di necessità assoluta, quale misura estrema, e da un principio di proporzionalità, nelle forme e nella durata, rispetto alla situazione specifica che ne ha determinato il ricorso.

Un concetto e una concretizzazione presidiati solidamente dall'articolo 13 della nostra Carta, che, riconoscendo il valore fondamentale della libertà della persona – bene inviolabile – pone garanzie forti non solo sul fondamento legale del suo possibile sacrificio e su chi è autorizzato ad agire in tal senso, ma anche sul perché e sul come esso possa attuarsi. Fino a richiedere esplicitamente la punibilità di chi non rispetta l'integrità fisica e psichica della persona che a tale misura è soggetta – una richiesta che, unica nel testo costituzionale, dà l'indicazione di una fattispecie penale.

Il Costituente non ha però inteso riferirsi soltanto alla totale perdita di quel bene che la Dichiarazione universale indica come connaturante ogni individuo alla sua nascita, ma ha esteso la necessità di tutela anche alle forme limitative, allargando il riferimento dal concetto di *privazione* a quello di *restrizione*, riconoscendo che già la restrizione richiede per sé, appunto, presidi forti.

Come più volte accade nel testo della nostra Carta – ma in modo particolare nell'articolo 13 – l'analisi delle scelte linguistiche è molto importante. Essa aiuta a distinguere tra principi e regole, i primi indicanti l'orizzonte entro cui le seconde hanno esplicazione coerente. Se, quindi, il primo comma dell'articolo 13 indica il principio dell'inviolabilità assoluta della libertà ed è destinato ad accogliere all'interno di tale concetto tutte le modulazioni secondo cui la libertà si estrinseca in un contesto di evoluzione sociale, i commi successivi delimitano il campo della potestà normativa affinché questa sia coerente con il principio enunciato. Il principio è assoluto ed espresso in emblematica unicità – sia la Convenzione europea per i diritti umani che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea invece lo congiungeranno alla sicurezza.

⁷ Hans Kelsen, *Ibidem*, p.25.

Qualcuno forse ricorda che nel dibattito in Assemblea costituente fu Giuseppe Dossetti – con una proposta sostenuta anche da Palmiro Togliatti, Giovanni Lombardi e Aldo Moro – a volere tale enunciazione di principio che definisce il limite deontologicamente non superabile del successivo insieme regolativo; un insieme che egli definì come «norme pratiche a garanzia del diritto enunciato»⁸. La discussione sull'articolo 3 e su quelli immediatamente successivi del Progetto – da cui deriveranno l'articolo 13 e in parte anche l'articolo 27 del testo finale – ha portato a configurare le eventuali restrizioni, non escluse in via di principio, all'interno di quel perimetro intangibile del principio definito come primo comma e, aventi, quindi, una loro modulazione che deve rispondere al principio stesso. Da qui la puntuale previsione legislativa tassativa dei 'casi' e dei 'modi' e di ogni aspetto di tale restrizione – la cosiddetta riserva di legge –, l'indispensabilità di un atto motivato dell'autorità giudiziaria – la cosiddetta riserva di giurisdizione –, limitando la possibilità di assunzione di provvedimenti restrittivi della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza solo nei casi in cui essi «abbiano natura servente rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione [...] tali da giustificare nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale in vista dell'intervento dell'autorità giudiziaria» - così nella sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2004.

Così la nostra Carta apre di fatto a uno sguardo che non si limiti alla *privazione* della libertà, ma che si estende alle stesse *restrizioni*, soprattutto perché nella sua impostazione la persona non è monade, scissa o isolata dal tessuto sociale in cui essa è inserita, bensì definita proprio attraverso i rapporti sociali e relazionali che la connotano in ogni attimo e in ogni azione e che sono aggrediti o affievoliti da qualsiasi restrizione. E la restrizione della libertà può avere forme e intensità non solo soggettive, ma consiste anche nell'interruzione del contesto relazionale che intrinsecamente definisce la persona, tale da poter essere vista come una forma 'di fatto' privativa o comunque in grado di recidere o almeno interrompere temporalmente questa sua essenziale connotazione.

Sul piano internazionale, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel suo articolo 5, dal titolo *Diritto alla libertà e alla sicurezza*, fa riferimento invece essenzialmente alla *privazione* e non introduce il termine *restrizione*. Il testo non costituisce certamente «un universo linguistico a sé, autosufficiente»⁹, come del resto quasi mai i testi elencativi di diritti fondamentali date le reciproche risonanze che legano tra loro i vari articoli, e

⁸ Assemblea Costituente, seduta del 10 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1970.

⁹ Gustavo Zagrebelsky, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in «Giurisprudenza Costituzionale», vol. 15, n. 1, 1970, p. 913: «La Costituzione non è un universo linguistico a sé, autosufficiente. Non è tale e neppure potrebbe esserlo il corpo legislativo più completo che si possa immaginare». Sul tema cfr. Ilaria De Cesare, *Ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, Università di Pavia, XXXI ciclo, 2018.

nell'interpretazione dell'enunciato dell'articolo 5 data dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergono gli echi che provengono dalle situazioni concrete, in particolare proprio per quanto riguarda quel confine labile che separa le modalità restrittive da una situazione di fatto privativa della libertà. Ciò, per esempio, relativamente al trattenimento di persone per fini formalmente identificativi all'interno di strutture anfibiae quali i cosiddetti *hotspot*, valutato in casi posti all'esame della Corte come effettiva *privazione* della libertà senza adeguata possibilità di ricorso di fronte a un'autorità giudiziaria.

Nel riferirsi a forme non privative, ma duramente restrittive, viene alla mente l'immagine dei *burlaki*, **4.Repin: I burlaki** i lavoratori stagionali che trascinavano i battelli del Volga contro corrente e che il pittore Ilja Repin volle ritrarre colpito dal fatto che intorno a loro che faticosamente portavano l'enorme carico, tutti passeggiavano tranquillamente. Era il tardo Ottocento, non erano privati della libertà da alcun potere, non erano schiavi, avevano anche una loro rappresentazione collettiva, ma erano fortemente limitati nella loro libertà non solo dalle condizioni materiali della vita e del lavoro, ma anche dalle regole a cui dovevano attenersi in una sorta di vita collettiva controllata. L'immagine è forse eccessiva, anche se il lavoro servile è tornato ad abitare i nostri territori, ma dà senso a una restrizione che diviene, per una serie di circostanze una privazione di fatto della libertà.

Il testo della Convenzione europea, del 1950, dopo aver enunciato nel suo ben noto articolo 3 il principio che indica in negativo l'assoluta inderogabile tutela dell'integrità fisica e psichica di ogni persona nonché della sua dignità mai degradabile, fissa regole, volte a definire il rifiuto dell'arbitrio, elencando nel citato articolo 5, in sei punti le possibilità 'giustificative' della privazione della libertà. Ne definisce un'articolazione che, per esempio, proprio nel sesto di tali punti apre alla detenzione di una persona irregolarmente presente nel territorio in funzione della sua espulsione, oltre che della sua estradizione. Alle regole di garanzia espresse nei vari paragrafi è premessa l'affermazione della libertà e della sicurezza, poste congiuntamente come diritto di ogni persona.

Più volte la Corte è intervenuta sulla questione della distinzione e delle zone di permeabilità osmotica dei due termini *restrizione* e *privazione*. Ma, se il terreno è apparentemente più semplice nel contesto dell'affermazione delle garanzie in ambito penale, la questione diviene più scivolosa quando ci si misura con l'introduzione di concetti e locuzioni più ambigui – presenti nella recente legislazione italiana e non solo in questa – quali il *trattenimento*, la *non inoffensività* di una nave che cerca l'ingresso nelle acque territoriali o l'utilizzo a fini del trattenimento stesso di locali genericamente indicati *idonei*, senza che per essi la norma dia ulteriori tassative specificazioni e regole. Ipotesi, queste, distanti da quella previsione del 1950, i cui estensori certamente non ipotizzavano che l'inserimento di quella sesta possibilità di privazione della libertà nel paragrafo 1 dell'articolo 5 – cioè la detenzione in funzione di una pendente procedura di espulsione – divenisse

strumento legittimante e anche a volte strutturante le politiche adottate dai Paesi parti della Convenzione in funzione di una presunta regolazione dell'incidenza sociale delle migrazioni nel proprio territorio.

Nella sua evoluzione casistica, la Corte di Strasburgo ha chiaramente definito parametri indicativi della *privazione* della libertà, nel significato a essa attribuito dal citato articolo della Convenzione, distinguendola dalla *restrizione*, attraverso la considerazione di più fattori che includono sia un elemento oggettivo del confinamento di una persona in un particolare luogo chiuso per un tempo non insignificante, sia un elemento soggettivo relativo all'impossibilità per la persona di allontanarsene volontariamente – così, per esempio, nelle sentenze *Stork c. Germania* e *Stanev c. Bulgaria* – e ha indicato, in più sentenze, che anche un fattore coercitivo nell'esercizio di azioni di polizia, è indicativo di privazione della libertà, indipendentemente dalla sua durata – per tutte cito la sentenza *Guillan e Quinton c. Regno Unito* del 2010. D'altro canto ha affermato che nessun unico fattore può di per sé configurare una data restrizione della libertà come effettiva privazione, poiché è il loro insieme che deve essere tenuto in considerazione – così, tra le altre nella sentenza *De Tommaso c. Italia*, dove la Corte ha considerato la situazione in esame sotto il profilo dell'articolo 2 del quarto Protocollo alla Convenzione, relativo alla libertà di movimento e non sotto il più esigente articolo 5.

Non diversa la situazione nel diritto comunitario ove la distinzione tra questi due termini – *restrizione* e *privazione* – emerge. Se è vero che la Carta dei diritti dell'Unione nel suo articolo 6 fa un riferimento largo in quanto enuncia il diritto alla libertà, anche in tale testo tenuto insieme a quello alla sicurezza, è però vero che il *praesidium* della Carta indica, relativamente a questo articolo che: «I diritti di cui all'articolo 6 corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della Convenzione europea per i diritti umani, del quale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, hanno pari significato e portata. Ne consegue che le limitazioni che possono legittimamente essere apportate non possono andare oltre i limiti consentiti dall'articolo 5 della Cedu» e successivamente recita i punti di quell'articolo della Convenzione. Nella sentenza 28 luglio 2016 della Corte di giustizia, del resto, viene posto l'accento, proprio sulla differenza tra *restrizione* e *privazione* precisando che «i termini “custodia” e “privazione della libertà” sono da considerarsi espressioni simili, entrambe richiamanti una situazione in cui una persona è rinchiusa o incarcerata, e non una mera restrizione della libertà di movimento»¹⁰. L'aggettivo «mera» attribuito alla restrizione della libertà, differenzia quest'ultima da una situazione del tutto privativa.

Ma, nonostante queste distinzioni, la complessità dell'oggi tende a rompere i limiti rigidi. Il confine tra *restrizione* e *privazione* diviene, infatti, labile quando ci si misura con situazioni nuove, privative *de facto* della libertà, pur non essendolo *de iure*. Nuova è stata, infatti, la situazione di

¹⁰ Sentenza citata relativa alla causa C-294/2016.

persone – in particolare i migranti – fermate, trattenute in un limbo in attesa di un approdo che rappresenti la conclusione vera dell'operazione di salvataggio di chi li ha raccolti nelle acque: così Banský ha reinterpretato nell'attuale contesto *La zattera della fregata 'Meduse'* di Théodor Géricault **5.6. La zattera della 'Meduse': Géricault e Banský** e l'approdo di salvataggio è la nave in distanza che li porterà in un porto. O anche relativamente nuova è quella di persone trattenute in strutture formalmente di snodo, non deputate a accoglierle e ospitarle, ma solo a provvedere a una loro frettolosa registrazione identificante per essere poi avviate ad altre strutture e che invece spesso permangono in esse, ristrette, trattenute, senza alcuna tutela di natura giurisdizionale: un ulteriore limbo materiale e giuridico.

Poco conta che tutto ciò possa avvenire a fini protettivi, la restrizione è un'effettiva privazione. La stessa Corte di Strasburgo lo ha, infatti, riconosciuto nella nota sentenza *Khlaifia e altri c. Italia* della fine del 2016, precisando che anche le misure adottate per la protezione delle persone o prese nel loro interesse possono configurare di fatto una privazione della libertà. Qui le situazioni nuove hanno posto una necessaria estensione all'interpretazione stretta del concetto di *privazione*, verso una piegatura semantica che include, appunto, situazioni formalmente di restrizione. Si legge nella citata sentenza che «Alla luce delle restrizioni imposte agli interessati dalle autorità, la Corte è del parere che i ricorrenti siano stati privati della loro libertà nel Centro di soccorso e prima accoglienza di Contrada Imbriacola – il futuro *hotspot* di Lampedusa – e a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia* ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione, e che pertanto tale disposizione è applicabile al caso di specie». Per questa conclusione la Corte ha considerato quanto constatato da una delegazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in occasione di una visita a Lampedusa e ha fatto sua l'affermazione che «le condizioni erano molto simili alla detenzione e alla privazione della libertà» e che le persone trattenute erano «*de facto* detenute, senza accesso a un giudice».

Le considerazioni circa la situazione che in concreto si realizza sono, quindi, determinanti a far muovere quel confine apparentemente rigido tra *restrizione* e *privazione*. Ne consegue che nuovi luoghi divengono oggetto di visita e vigilanza per chi ha il compito di monitoraggio e controllo, a fini preventivi, affinché l'integrità fisica e la dignità delle persone a vario titolo trattenute siano rispettate e i loro diritti tutelati in concreto. Per questo, il Garante nazionale ha inserito 'la nave' all'interno dell'elenco dei luoghi dove la libertà è compressa e di fatto privata, e su tale luogo si è soffermato nella sua *Relazione al Parlamento* di quest'anno.

La nave: da ausilio per quel navigare che da Ulisse a Internet è verbo che indica desiderio e spinta di conoscenza, per quell'andar per mare che richiede strumenti di intuizione delle insidie, di lettura del sistema connesso delle terre e delle isole come arcipelaghi per una navigazione sicura; la nave che induce l'utopia dell'altrove e che forse tale è stata – seppure in forma di sconnesso barcone – per

chi nel mare si è addentrato, è divenuta luogo della staticità, dell'impossibilità del decidere del proprio oggi e del proprio domani; luogo del trattenimento e dell'essere in balia non solo delle onde materiali, ma anche delle onde emotive e politiche di chi non concede approdo. Riecheggiano i versi del Primo libro dell'Eneide quando il poeta nell'approssimarsi di Enea alla costa di Cartagine, inizialmente ostile, si interroga su quale barbara patria permetta di negare di porre piede sul proprio lido¹¹.

Ma, questi nuovi luoghi – la cui genesi ci ricorda l'istallazione *Odyssey* di Ai Weiwei **7.Ai Weiwei, Odyssey, Istallazione cantieri culturali della Zisa** – dove il restringere confina col privare permette a noi di ampliare l'ambito della necessaria tutela, di estendere il confine di quell'esercizio di Giustizia che misura con la sua bilancia non più solo i comportamenti dei singoli, ma la nostra complessiva cultura sociale e ordinamentale e che così assume una nuova funzione distributiva in quella regolazione che costituisce la sua espressione più alta.

3. Il paradosso della privazione della libertà in vari contesti

Con questa volontà di comprendere con il proprio sguardo la vulnerabilità intrinseca alla restrizione della libertà, nelle sue diverse forme, chi ha il compito di tutelare e prevenire si rivolge alle tre principali ipotesi che vengono formulate all'origine di un esercizio così violento, quale è quello, appunto, di ridurre o privare della libertà un'altra persona. Una violenza necessaria in determinate situazioni, ma che deve postulare sempre la consapevolezza dell'asimmetria drammatica del suo attuarsi e la considerazione della maggiore necessità di tutela dei diritti della persona che la subisce, richiesta dalla sua contingente situazione.

Le aree sono essenzialmente tre: innanzitutto quella della libertà ristretta *in conseguenza* di ciò che la persona destinataria della misura ha commesso o è supposta di aver commesso, per la necessità di preparare un possibile ritorno che tuteli la collettività e l'autore dal suo ripetersi; in secondo luogo quella della libertà ristretta *in funzione* di uno scopo di espulsione o di respingimento della persona che una realtà sovrana, per vari e anche legittimi motivi, ritiene non possa essere accolta; infine la libertà ristretta, per la *presunta tutela* di una persona ritenuta non in grado di tutelarsi da sola e per proteggere gli altri dalle conseguenze di questa sua presunta incapacità di autodeterminarsi. Quest'ultima, forse, la più problematica.

Sono tre ipotesi diverse, una di area penale, una di area amministrativa e l'altra di area sanitaria, a cui corrispondono luoghi e strutture del tutto diversi nonché programmi, ipotesi e atteggiamento della collettività esterna, anch'essi del tutto diversi. Luoghi previsti da norme di rango primario e regolati in aspetti di dettaglio, come è ovvio, da norme secondarie e regolamenti che però ne determinano la concretezza, con limitazioni sempre più specifiche che finiscono col restringerne lo spazio

¹¹ Virgilio, *Eneide*, libro I, vv. 538-540, traduzione di R. Calzecchi Onesti, Einaudi, Torino, 1967.

dell'autonomia decisionale, in un processo di tipo implosivo, fino a ridurlo quasi al nulla – metaforicamente nel linguaggio della fisica parleremmo dell'evoluzione della massa in buco nero. Per capire quale possa essere la Giustizia agita lungo tali diverse ipotesi, quantunque in via tendenziale, approssimata e sempre mutevole, è forse necessario partire da ciò che accomuna la loro attuazione, in queste tre aree. **8. Anonimo XVIII sec. La trinità** Non da ciò che le differenzia.

Anche in altre occasioni, ho sintetizzato un loro tratto comune nella logica della *sottrazione* in un contesto che avrebbe invece bisogno di *addizione*. La logica che spesso sottende gli interventi nell'ambito della progressiva riduzione della libertà, infatti, è quella del togliere: si toglie non solo la libertà stessa, ma anche relazioni, spazio, cose, a volte suppellettili, a volte abiti. Si finisce per togliere diritti e anche soggettività. Spesso ciò è formalmente motivato dalla necessità di avere regole comuni in collettività complesse; altre volte dalla volontà di proteggere la persona da gesti auto o etero-aggressivi. Il risultato è in regole e norme di tipo precettivo, la cui definizione non ha nulla di relazionale e comunicativo – dimensione che invece in una realtà para-comunitaria come è comunque la vita ristretta potrebbe diminuire tensioni e dare luogo a una connotazione discorsiva della produzione di regole o anche autoregolativa, favorendo un sistema di autorganizzazione, pur controllata, capace di responsabilizzare le persone ristrette. Al contrario, si preferisce un sistema regolativo formale, spesso ipertrofico e burocratico, che effettua progressive selezioni nell'attribuzione di responsabilità e richiede soltanto obbedienza. In ciò sottraendo progressivamente autonomia.

La logica del normare sottraendo si nutre di pericoli presunti, di imperativi etici, di opportunità utilitaristiche, di ipotizzate necessità e finisce col concretizzarsi, oltre che nella riduzione di contatti e relazioni, anche nello spazio fisico. Così si giunge negli Istituti di detenzione alla collocazione in stanze prive di suppellettili – che non a caso vengono dette nel micro linguaggio interno «celle lisce» – nei Centri per migranti a gabbie non munite di alcuna cosa se non di tavoli in cemento, nei luoghi deputati ad accogliere le difficili vite nelle strutture sanitarie a stanze vuote. Per questo, ho voluto includere nella *Relazione al Parlamento* di quest'anno il *locale vuoto* tra gli ambienti della privazione della libertà. Un locale caratterizzato dall'assenza, al contrario di come si caratterizza ogni altro spazio della vita: assenza di oggetti, stimoli; da qui, assenza di sogni¹². **9. Raetz: Mirror** Per questo – abbiamo scritto in quella *Relazione* che «il locale 'vuoto' ci dice molto di quali siano le strategie adottate per risolvere le criticità: da quelle più ordinarie dello spaesamento subito dopo la privazione della libertà a quelle più eccezionali della crisi. Ci informa della capacità o meno di saper armonizzare le conflittualità che inevitabilmente un microsystema sociale chiuso pone. Certamente il 'vuoto', come nuova collocazione della persona in crisi, sotto lo sguardo preoccupato e smarrito di chi si trova

¹² Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2019*, Camera dei Deputati 27 marzo 2019, p. 106.

impropriamente affidata la responsabilità di vigilare sulle sue reazioni, è la falsa soluzione»¹³.

Invece occorrerebbe agire sull'*addizione*: maggiori possibilità di relazioni con i propri affetti esterni, più frequenti norme che definiscano in positivo ciò che deve connotare la quotidianità nelle istituzioni chiuse, un maggiore riconoscimento di legittimi interessi, oltre che la scrupolosa effettività dei diritti, una produzione discorsiva delle regole interne.

Un secondo tratto, connesso al precedente, è il rapporto tra una globalità affermata e un localismo vissuto: abbiamo ormai tutti uno sguardo globale, che supera non solo muri, ma confini e oceani, percettivamente e materialmente, e la produzione normativa si affanna invece attorno a percorsi limitativi e confinanti quando è chiamata a trattare delle difficoltà sociali. Qui si potrebbe richiamare il rapporto tra la razionalità giuridica e la sua espressione linguistica: la prima governata necessariamente dall'incidenza degli aspetti relazionali, sui quali deve fondarsi, la seconda regolata da aspetti semantici che però determinano in concreto l'azione della norma: la possibile scissione tra questi due ineludibili costruttori di ogni norma è alla base, in particolare quando si tratta di regolare la restrizione della libertà, di un normativismo di dettaglio che spesso incide in negativo sulla *ratio* che era all'origine della norma stessa, finendo col codificare un localismo che nega quello sguardo globale essenziale alla comprensione del presente.

Lo sguardo globale, la mobilità del pensiero verso luoghi lontani, ma virtualmente prossimi, grazie a una tecnologia che si pone come estensione della propria capacità concettuale sono, infatti, la dimensione relazionale del presente e una persona non può perdere tale dimensione, qualsiasi sia la situazione contingente in cui viene a trovarsi, pena il fatto di rimanere esclusa da qualsiasi possibilità di appartenenza al presente stesso e di comprensione delle sue dinamiche e del suo sviluppo: una comprensione senza la quale non potrà esercitare la propria capacità analitica e critica e quindi avere una vita piena quale soggetto portatore di diritti. Eppure le tecnologie informative e comunicative sono precluse quasi sempre laddove la libertà è ristretta, così rendendo volatile ogni riferimento alla ricostruzione possibile di un proprio percorso. Inoltre, proprio la globalizzazione e la mobilità di massa hanno avuto un impatto profondo sulla giustizia penale e sulla dimensione del suo espandersi nella realtà contemporanea nonché sulle sue forme: dalla previsione in molte giurisdizioni di nuovi reati connessi con l'immigrazione e la sua irregolarità all'utilizzo della privazione della libertà come forma di controllo all'accesso ai luoghi e ai territori, dall'enfasi sul rischio di radicalizzazione, rafforzato dalle difficoltà di comprensione linguistica e culturale, allo sviluppo di una penalità sempre più orientata a individuare tipologie di autori.

Questa riflessione si amplia a considerare il significato che assegniamo al tempo ristretto, quello,

¹³ Garante nazionale, *Ibidem*, p. 107.

in particolare, che caratterizza l'esecuzione di una pena. Il tempo della privazione della libertà è proposto come tempo vuoto o come tempo 'altro' rispetto al suo fluire esterno. Spesso è proposto come tempo dell'afflizione. Qui l'immagine della Giustizia sembra essere attualmente molto distante dalla ferma e serena attitudine della figura femminile rappresentata da Lorenzetti nel suo *Buon governo* e anche da quella altrettanto maestosa di Giotto nella Cappella degli Scrovegni. **10. Giotto:**

La Giustizia

Proprio nello specifico dell'esecuzione penale in carcere, infatti, le considerazioni che ho sommariamente sviluppato per tutte le aree della privazione della libertà diventano ancor più evidenti. Il pendolo dello sguardo oscilla nella nostra attualità penalistica – e nelle politiche messe in campo nell'ambito delle pene e della loro esecuzione – tra il tendere al futuro e il volgersi al passato, tra istanze di prevenzione, tendenze alla rieducazione e riflessi retributivi, senza ritrovare solidamente quel baricentro tra questi tre vertici di un ipotetico triangolo che la Carta ha voluto indicare. Anche perché questo pendolo è fortemente mosso, influenzato, dal vento del desiderio di soddisfare una presunta opinione pubblica. Questa, con l'abbandono dell'esercizio attivo, educante del pensiero politico e il suo retrocedere alla ricerca di consenso immediato, lo muove, spostandolo verso uno o l'altro dei vertici. Il principio legittimante soprattutto l'adozione di misure esecutive alternative alla secca detenzione rischia così di essere di natura consensuale, più che di stretta legittimazione legale e il presunto consenso va sempre nella direzione di proporre una linearità tra il delitto e il castigo. Ma, la complessità del come rispondere al reato è invece tema non lineare; lo era già dall'antichità, in un contesto che ricorreva al castigo come sola risposta possibile e che tuttavia non escludeva gli interrogativi che ritroviamo nelle parole di Protagora, nella elaborata descrizione che Platone riporta di ciò che noi oggi, con qualche forzatura semantica, potremmo leggere come necessità di deterrenza e rieducazione: «Chi cerca di punire- dice il filosofo – ragionevolmente castiga non a causa dell'ingiustizia trascorsa, poiché non potrebbe ristabilire come non avvenuto ciò che è stato fatto, ma in vista del futuro, affinché né il colpevole, né chi lo vede punire commettano più ingiustizia»¹⁴.

Qui si condensa il valore ricompositivo che le pene devono avere. Senza ricomposizione, senza una sua previsione e senza azioni volte alla sua progettazione, la scena penale e il processo restano un teatro dell'esercizio del potere esclusivo di violenza da parte dello Stato e della costruzione di un consenso legittimante sul piano delle politiche della giustizia: un teatro che si realizza attorno alla sofferenza dei suoi attori. Attori sofferenti, tutti: la vittima in primo luogo che affida a quella scena una parte possibilmente lenitiva del proprio dolore o della rabbia per il torto subito e che invece è di fatto espropriata di una presenza, il reo che nel momento stesso dell'apparire sulla scena processuale è di per sé soggetto 'debole', delegato ad altri che parlano per lui e che vedono in lui la reificazione

¹⁴ Platone, *Protagora*, in *Dialoghi filosofici*, Utet, Torino, vol I, p.323.

del reato e non il soggetto, la collettività esterna a cui è lasciato il ruolo di spettatore o a volte di tifoso, che comunque osserva a distanza.

La teatralità è l'opposto della ricomposizione, che ha invece bisogno di capire: forse anche di silenzi. Senza ricomposizione la scena processuale diviene versione aggiornata del vecchio luogo del 'supplizio': certo non più epifania del martirio del corpo a cui dare dolore, così come rappresentato in molti quadri della tradizione moderna, come quello del fiammingo Cornelis de Wael che mostra la misericordia di visitatori impassibili in un ambiente di persone ai ceppi *II. De Wael: Visitare i prigionieri*. Ma, pur sempre supplizio implicito nel corpo ristretto e soprattutto nella restrizione dell'estensione possibile del pensiero. Scrisse Gabriel Bonnot De Mably nel periodo dell'Illuminismo e del passaggio dalla pena corporale alla detenzione: «Che il castigo, se così posso dire, colpisca l'anima, non il corpo»¹⁵. La teatralità concede qualcosa ai residui di vendetta – e il linguaggio corrente sul «gettare le chiavi» o altre espressioni ormai utilizzate liberamente ce lo ricordano – perché una idea corporea della pena permane nella nostra contemporaneità, anche se avvolta dall'incorporeo di una penalità centrata sull'astratta neutralità del tempo sottratto come misura del castigo.

L'assenza di prospettiva ricompositiva oltre a dare nuovamente spazio a quella teatralità che Michel Foucault richiama come sistema regolativo che si rivolge al reo e all'esterno con funzione ammonitrice e disciplinante dei comportamenti sociali, apre inoltre alla funzione estensiva dell'uso del diritto penale¹⁶. Perché il teatro richiede sempre più spettatori: è a loro che si rivolge ciò che avviene sulla scena. Soprattutto quando mancano altre situazioni nel sociale che funzionino come elemento regolativo: che nel regolare e dirimere i conflitti, producano anche coesione. Il sistema penale strettamente punitivo si espande così con consenso laddove altri sistemi regolativi non funzionano: il suo ampliarsi è indice di altre assenze, di mediazione sociale e soprattutto politica e, a sua volta, agisce come base per ulteriori ampliamenti.

In questa corporeità residua rimane il nucleo della sanzione punitiva come sofferenza: la pena detentiva può divenire falsamente in discontinuità con l'antica pratica e persistente invece nel desiderio vendicativo: questo si concretizza, per le sue modalità esecutive, per i suoi elementi accessori, per la sua indifferenza al ritorno e all'inclusione. Per questo abbiamo bisogno di ritornare ad alcuni fondamenti: il primo è che la detenzione in carcere, non è lo spazio per la pena possibile, perché è essa stessa il contenuto della pena. Il secondo è che non può esistere pena senza che a essa sia connesso un percorso. La stessa Corte costituzionale lo ha da sempre ricordato nell'aiutare a interpretare quella finalità rieducativa a cui la Carta afferma che le pene debbano tendere. Tale tendenza al reinserimento sociale – racchiuso nel termine «rieducazione» – non è elemento

¹⁵ G. Bonnot de Mably, *De la législation ou Principes de lois* (1776) in *Oeuvres complètes*, Amst ed., Lausanne., tomo IX, ,p. 326.

¹⁶ M. Foucault, *Sorvegliare e punire* (1975), trad. it. Einaudi, Torino, 1976.

aggiuntivo, secondario rispetto alla struttura delle pene, ma un principio di orientamento delle pene stesse perché, scrive la Corte nella nota sentenza n. 313 del 1990 «se la finalizzazione venisse orientata verso diversi caratteri [*affilittività, retributività*], anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo – aggiunge la Corte – che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena».

Un principio a cui ritornare e verso cui la nostra Corte costituzionale, recentemente come sempre, ha indicato la direzione. Ma, abbiamo anche bisogno forse di ripensare in sé il paradigma che lega il negativo del reato al negativo della punizione. Rinunciando a quella benda che indica il non voler vedere, abbiamo bisogno di un nuovo umanesimo dell'esercizio di giustizia, in particolare della giustizia penale. La bilancia torna così a misurare la nostra capacità di incamminarci in questo percorso. *12.Lotto: 'nosci te ipsum'*