

L'emergenza del sistema carcerario italiano

MATTEO DI STEFANO- CHRISTIAN DI MEO- ROSA CALABRESE- FRANCESCO D'IMPERIO-CESARE FOSSATI- SELVAGGIA FAUSTA GIOVANNANGELI- CORRADO GALLO- LIBERATO ISONE- VALERIA GIURA-VALERIA BERBALDO

SOMMARIO: 1.- Sovraffollamento carcerario: analisi delle cause e prospettive di riforma (di Matteo Di Stefano e Christian Di Meo). 2.- La necessità di contenimento della custodia cautelare in carcere (di Rosa Calabrese). 3.- Divieto di trattamenti inumani e degradanti e sovraffollamento carcerario in Italia alla luce dei più recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di Francesco D'Imperio, Cesare Fossati, Selvaggia Fausta Giovannangeli). 4.- Tutela del diritto alla salute: previsioni costituzionali e idoneità al regime carcerario (di Corrado Gallo e Liberato Isoni). 5.- Il c.d. ergastolo ostativo (di Valeria Giura). 6.- Il regime ex art. 41-*bis*: tra necessità di sicurezza e diritti individuali (di Valeria Beraldo)

1.- Sovraffollamento carcerario: analisi delle cause e prospettive di riforma

Il sovraffollamento delle carceri rappresenta uno dei problemi più gravi della Repubblica Italiana: esso ha origini antiche e viene spesso affrontato come una condizione ormai fisiologica degli istituti detentivi, rappresentando invece una distorsione del funzionamento degli stessi; si parla, in proposito, di “fisiologica patologia”.

Nel corso dei lavori parlamentari aventi ad oggetto la conversione in legge del d.l. n 211 del 2011 (“*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*”) è stato rilevato come «la questione relativa al sovraffollamento carcerario non può essere inquadrata come emergenza straordinaria, bensì come problematica strutturale che investe l'Italia ormai da più di quaranta anni». Basti pensare che «nell'arco di circa sessant'anni sono stati emanati ben trenta provvedimenti d'indulto senza mai addivenire ad una riforma strutturale capace di risolvere il problema».¹

La legislazione adottata sino ad ora, improntata sui caratteri dell'urgenza e dell'emergenza, non è stata sufficiente a risolvere adeguatamente il problema. Il Legislatore si è sempre limitato a provvedimenti “tampone” idonei a risolvere la questione solo nel breve o brevissimo periodo. Sarebbe stato, invece, necessario, un intervento legislativo di ampie vedute, una riforma strutturale lungimirante finalizzata a risolvere definitivamente lo stato di saturazione in

¹ Cfr. Gargani, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 5.

cui versa il sistema penitenziario italiano.

La Commissione Straordinaria per la Tutela e la Promozione dei Diritti Umani del Senato è pervenuta alla compilazione di un documento intitolato “Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento” nel quale è stato evidenziato come il sovraffollamento rappresenti una condizione di illegalità, intesa in senso tecnico: «Ogni violazione dei diritti umani non è solo un fatto eticamente riprovevole ma una vera e propria violazione della legalità. E’ una legalità – come documento ampiamente il rapporto adottato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani -definita dalla Costituzione della Repubblica Italiana, dalle leggi dello Stato e da atti adottati dalla comunità internazionale (dichiarazioni, convenzioni, trattati, protocolli), sottoscritti dai governi e ratificati dai Parlamenti dei singoli Stati ivi compresa l’Italia e che hanno valore di legge. Per questo, affermare che la condizione dei detenuti costituisce una violazione della legalità da parte dello Stato, non è una forzatura frutto di una pur legittima indignazione ma una pertinente considerazione tecnica».

In questo Rapporto è stato affermato che il perdurare di illegalità sia risultato di un’erronea convinzione che identifica la carcerazione preventiva e la pena: «solo in una nuova impostazione che la separi nettamente dal carcere e riduca drasticamente il ricorso alla carcerazione, limitandolo ai soli casi nei quali esso appare effettivamente indispensabile, si può restituire alla pena la funzione che la Costituzione italiana le assegna. È ad una prospettiva di “carcere minimo” che bisogna gradualmente tendere con una pluralità di iniziative e di strumenti».

Si noti che l’idea della carcerazione come *extrema ratio* si collega direttamente con una concezione della norma penale come *extrema ratio*: “l’individuazione dei limiti (di tenuta) di un sistema penale è commessa quindi, in primo luogo, alla necessità che esso sia prevalentemente costituito da regole di condotta che sarebbero osservate dalla generalità dei consociati anche se non esistessero le norme penali corrispondenti e, in secondo luogo, all’esigenza di ridurre al minimo indispensabile il costo sociale finalizzato al controllo repressivo. La scelta penalizzante deve essere l’ultima tra le alternative possibili, deve cioè imporsi come necessità (*extrema ratio*)”².

Al 31 dicembre 2012 la popolazione carceraria italiana era di 65.701 a fronte di una capienza complessiva di 47.040 posti, con 18.661 reclusi in più. Alla

² V. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2007, 254.

data del 31 gennaio 2012 la popolazione carceraria ammontava a 66.973 unità, a fronte di una capienza regolamentare di 45.688 posti, con un sovrannumero di 21.285 unità. Alla stessa data, i condannati con sentenza definitiva risultavano essere 38.097 mentre i detenuti ristretti in stato di custodia cautelare 27.383 (di cui circa il 60 % ancora in attesa della sentenza di primo grado)³.

Complessivamente, il 40,8% dei reclusi è dunque, in attesa di giudizio: una percentuale quasi doppia rispetto a quella della media europea, che fa dell'Italia lo Stato membro dell'Unione con il numero più alto di detenuti presunti innocenti. La custodia cautelare, strumento a volte indispensabile ai fini delle indagini, presenta alcuni profili di potenziale illegittimità costituzionale rispetto alla presunzione di innocenza ex art. 27 comma 2 della Costituzione. La condizione di sovraffollamento in cui versano gli istituti penitenziari comporta che si venga a ledere il principio per cui gli imputati devono essere tenuti separati dai condannati, con evidenti implicazioni negative.

Ma la condizione dei detenuti in attesa di giudizio ha anche altre conseguenze. Non è infrequente che, dopo aver subito periodi anche lunghi di custodia cautelare, un cittadino si veda assolto dall'accusa che gli era stata rivolta; si pensi che dal 2002 al 2007 lo Stato ha sopportato una spesa di 212 milioni di euro a titolo di risarcimenti per ingiusta detenzione⁴.

Si noti che a volte per definire la capienza di un istituto penitenziario si fa riferimento alla c.d. capienza tollerabile: tale nozione esprime e configura già intrinsecamente una misura del sovraffollamento, indicando un valore che, più che misurare il sovrappopolamento, tende "viceversa a rincorrerlo" e in qualche modo, ridimensionarlo e a giustificarlo, tramite il costante riposizionamento verso l'alto del livello della tollerabilità.

L'emergenza non riguarda soltanto i detenuti; se da un lato gli individui reclusi negli istituti superano di molto la capienza prevista per legge, dall'altro la situazione è resa ancora più allarmante dalla mancanza di personale di polizia penitenziaria⁵.

³ Circa il 30% della popolazione carceraria in Italia è composta da stranieri (24.401) di cui la maggior parte sono marocchini (4.934 - 20,2% sul totale degli stranieri), romeni (3.616 - 14,8%), tunisini (3.197 - 13,1%) e albanesi (2.721 - 11,2%)

⁴ Camera penale di Bologna - 13 dicembre 2011

⁵ Secondo i dati comunicati dal Dipartimento per l'Amministrazione penitenziaria al 31 agosto di quest'anno, dalle carceri italiane mancano circa settemila agenti. Le situazioni più gravi in Lombardia, con 1061 uomini in meno rispetto agli organici previsti, nel Lazio con 945 poliziotti in meno e in Sicilia, con 870 agenti che mancano all'appello. Ma la situazione non è migliore in Piemonte e Veneto (-829), in Toscana (-743), in Emilia Romagna (-531), in Campania (-486). Un segno "meno" che accomuna tutte le regioni italiane. E di notte può accadere che un solo agente sia costretto a vigilare su diversi padiglioni del carcere con il rischio di richiami disciplinari in caso di problemi.

Ma in cosa consiste, concretamente il sovraffollamento?

Il paragrafo 76 della nota sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo "Affaire Torreggiani ed altri c. Italia" dell'8 gennaio 2013 ha affermato che il livello di abitabilità raccomandato dal C.P.T. (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti) nelle camere di detenzione collettive è di 4 metri quadrati. Da questa statuizione della Corte si desume che in tutte quelle situazioni in cui i detenuti siano costretti a vivere in meno di 4 metri quadrati si è di fronte ad una violazione dei diritti dell'Uomo ai sensi dell'art 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Le privazioni cui sono sottoposti i detenuti non si limitano allo spazio vitale; spesso le celle non sono sufficientemente luminose ed areate. Spesso la collocazione dei servizi igienici non permette un utilizzo intimo e dignitoso degli stessi. Spesso, a causa del sovraffollamento e della carenza della polizia penitenziaria cui si è già accennato, i detenuti sono costretti a trascorrere molte ore della giornata nelle celle, senza la possibilità di svolgere attività lavorative, istruttive o anche solo ricreative. Questo nonostante il C.P.T. nel suo dodicesimo *rapporto generale* abbia affermato che "un programma soddisfacente di attività (lavoro, insegnamento, sport) riveste un'importanza capitale per il benessere dei prigionieri".

Significative queste poche parole, consegnate alla delegazione dell'Unione delle Camere Penali Italiane durante una visita nel carcere di Siracusa, in occasione della redazione del già citato "Prigioni d'Italia - Viaggio nella realtà delle carceri": «Il detenuto non si lamenta della pena da espiare. La cultura giuridica in esso è estremamente evoluta. Egli sa che le sentenze non si commentano, si impugnano secondo le procedure democratiche per il rispetto dovuto alle istituzioni. Si contesterà sempre con forza, il metodo nell'esecuzione della sentenza. In una sentenza non troveremo mai, come pena accessoria, "patimento, sofferenza, umiliazione". La cessazione dello status naturale dell'esistere e della dignità, non trova fondamento in alcun atto normativo di nessun Paese libero e democratico.

Si accetteranno mille anni di prigione, ma non un solo minuto di compressione dei diritti costituzionali; questo resterà comunque un limite invalicabile. Il sistema carceri è una sorgente diffusa di illegalità.»⁶

Per quanto concerne l'analisi delle cause del sovraffollamento, la condizione dell'edilizia carceraria rappresenta sicuramente uno dei fattori più rilevanti.

⁶ Lettera dei detenuti del Carcere di Siracusa - 18 luglio 2012

Un'altra causa del sovraffollamento è *il massiccio ricorso da parte dell'autorità giudiziaria alla carcerazione cautelare ormai divenuta a tutti gli effetti anticipazione di pena. La custodia cautelare in carcere, quale extrema ratio, è ormai divenuta la principale se non l'unica misura cautelare da applicare per gli indagati e/o imputati ancora in attesa di giudizio. In sostanza, la detenzione, così come è strutturata in Italia, rende difficoltoso il reinserimento sociale del detenuto e solo in alcuni casi comporta una vera rieducazione del soggetto stesso. È pacifico che le maggiori responsabilità in proposito siano del Legislatore nazionale, incapace di predisporre una soluzione concreta al problema. Ciò è suffragato da alcuni riscontri: si pensi ad esempio che durante la Conferenza Europea dei direttori degli Istituti Penitenziari (Edimburgo, 9-11 settembre 2009) si è convenuto sulla premessa che «i tassi di detenzione variano generalmente molto più in funzione delle decisioni politiche che dei livelli di criminalità»⁷. Ma, come già anticipato, i provvedimenti legislativi adottati negli ultimi anni tendono al contrario, a considerare il sovraffollamento come una situazione contingente, un'emergenza che giustifica misure straordinarie e di carattere temporaneo; l'obiettivo del decongestionamento delle strutture è perseguito con metodi aspecifici, che incidendo "a valle" del problema, non sono in grado - se non nel breve termine - di rimuovere le cause.*

Questo atteggiamento è la conseguenza di una farisaica sudditanza dimostrata nei confronti della funzione simbolica che il carcere svolge agli occhi dell'opinione pubblica, ostacolando qualunque serio percorso riformatore della giustizia penale. La percezione sociale della fase esecutiva riflette derive segregazionistiche che irrigidendo il sistema nell'alternativa tra pena carceraria e impunità, finiscono per ostare alla realizzazione di politiche riformatrici che prescindano da un controllo di tipo antagonistico ed espulsivo⁸. A ciò si aggiunga il fatto che la rieducazione del condannato viene sempre più percepita come un evento virtuale. La sfiducia nelle reali possibilità di reinserimento sociale si traduce nell'attribuzione alla detenzione dell'unica funzione che essa appare in grado di svolgere in concreto: la segregazione. E proprio agli stereotipi del "nemico pubblico" prodotti dalla legislazione penale recente vanno ricondotte le cause congiunturali del sovraffollamento penitenziario. Cause legate, cioè, a politiche settoriali, inerenti a specifici reati rappresentati strumentalmente come di particolare allarme sociale.

⁷ Approvata la legge c.d. "svuota carceri" di Franco Della Casa

⁸ C.E. Paliero, "L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale: conferme ed aspettative" 2006

Si pensi al settore dell'immigrazione, a quello delle sostanze stupefacenti e alla disciplina (solo apparentemente trasversale) della recidiva per i quali sono istituiti dei sotto-sistemi penali speciali, derogatori, cioè, dei principi generali e delle garanzie individuali, connotati da logiche di diritto d'autore o di colpa per la condotta di vita; sono stati resi penalmente illeciti (e puniti con il carcere) anche comportamenti privi di reale offensività nei confronti di terzi; è stata resa del tutto marginale, quasi eccezionale, per i taluni imputati, la possibilità di avvalersi di benefici penitenziari e misure non custodiali, rendendo così il carcere la destinazione "naturale" per migranti, tossicodipendenti e recidivi, siano essi in attesa di giudizio o condannati.

Per una compiuta analisi dei problemi in cui versa il sistema penitenziario devono considerarsi le conseguenze del sovraffollamento delle carceri. Sono classificabili come conseguenze puramente soggettive quelle che riguardano il detenuto-persona, leso nel suo animo, e quelle di tipo oggettivo, inerenti al sistema carcerario, quale macchina complessa.

L'art. 27 comma 3 della Costituzione Repubblicana recita:

"Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Si tratta di una disposizione che, se da una parte, indica con le parole "senso di umanità" quella che deve essere la modalità di espiazione della pena, dall'altra, con il termine "rieducazione" sancisce la finalità della sanzione detentiva. Senso di umanità e rieducazione sono in assoluto contigui e complementari tra loro: solo un trattamento umano consente al detenuto di raggiungere con maggiori possibilità un completo reinserimento sociale.

Il sovraffollamento sembra quasi rappresentare la traduzione letterale di disumanità: superamento di ogni sopportazione degna dell'essere umano che, purtroppo, nei casi più tragici si trasforma in una libertà-suicidio, unico rimedio nella disponibilità del detenuto. Arrivare ad ammassare più persone in pochissimi metri vuol dire colpire il detenuto nella sua soggettività, privandolo del diritto di poter "riempire" il suo tempo svolgendo attività lavorative tese alla rieducazione, come invece una corretta interpretazione dell'art. 27 della Costituzione e l'art.3 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La conseguenza delle violazioni dei diritti del detenuto costituzionalmente garantiti è l'aprioristica eliminazione di qualsiasi effetto rieducativo, con erosione di quel meccanismo che fisiologicamente considera la stessa come "il prezzo" da pagare per un ritorno nella società del bene.

Ed allora l'aspetto più difficile è quello di un corretto equilibrio tra aspetto

afflittivo e rieducativo della pena, tra carattere umanitario del trattamento del condannato e tutela del diritto dei cittadini alla sicurezza, tra riconoscimento dei più elementari principi di civiltà anche a chi è detenuto e pieno soddisfacimento dei diritti delle vittime e dei loro familiari.

E vi è da chiedersi quale sia la soluzione affinché il sistema funzioni perfettamente, creando, cioè, certezza della rieducazione e l'effettività del reinserimento nella società?

Nel tentativo dare una risposta a tale quesito il Legislatore ha adottato circa 25 provvedimenti a partire dal 1942: “un insieme di amnistie, indulti e indultini”. L'ultimo indulto risale al Luglio 2006 quando il Parlamento ha approvato la L. n. 241 del 2006.

La situazione delle carceri in quel periodo era drammatica quanto ora. Nella sostanza l'indulto prevedeva l'estinzione della pena non superiore a tre anni per le pene detentive e di 10.000 euro per quelle pecuniarie. Era prevista la necessaria esclusione di alcune tipologie di reati quali quelli in materia di terrorismo (compresa l'associazione eversiva), strage, banda armata, schiavitù, prostituzione minorile, pedo-pornografia, tratta di persone, violenza sessuale, sequestro di persona, riciclaggio, produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti, usura e quelli concernenti la mafia.

I risultati dell'indulto del 2006, allo stato dei fatti, sono stati complessivamente poco incisivi; dopo soli pochi anni il Legislatore è dovuto di nuovo intervenire con la medesima urgenza.

Nel 2010 il Parlamento ha approvato la cd. legge “svuota carceri” (L. n. 199 del 2010). Quest'ultima è stata presentata in Parlamento sotto una doppia veste: un disegno di legge “bicefalo” che, se da un lato mirava a consentire una sostituzione automatica dell'ultimo anno di pena detentiva con la custodia presso l'abitazione del condannato o presso altro luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza, dall'altro, mirava ad introdurre la sospensione del processo con l'affidamento in prova ai servizi sociali, che avrebbe potuto essere disposta dal giudice di cognizione nei processi relativi a reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni.

Si è trattato, in realtà, di una “legge ponte”, con il compito di arginare temporaneamente un problema, in vista di una soluzione strutturale da prendersi al massimo nel 2013 (anno in cui ci ritroviamo puntualmente a trattare lo stesso problema, ancora privo di soluzione). Infatti la legge ha previsto che l'esecuzione dell'ultimo anno di pena detentiva presso l'abitazione dovesse essere disposto solo fino alla completa attuazione del “piano straordinario di edilizia penitenziaria” e comunque “non oltre il 31 dicembre 2013”.

La legge ha messo altresì in discussione il principio di trattamento egualitario; essendo la “popolazione carceraria” in gran parte straniera e priva di personale domicilio, si rischiava di arrivare a dover considerare beneficiari della disposizione solo alcuni soggetti piuttosto che altri, ridimensionando le “potenzialità svuotatrici” della norma. Al di là degli aspetti sostanziali, resta comunque da annotare, ancora una volta, l’ennesimo tentativo da parte del Legislatore di proporre e poi puntualmente eludere obiettivi importanti.

Nella prospettiva di porre rimedio a questa emergenza, sarebbe opportuno operare su due piani: ridurre l’afflusso d’ingresso in carcere, rivedendo alcune tipologie di reato, e strutturare i penitenziari con sistemi che mirino a rieducare il detenuto attraverso mezzi efficienti. Tra le soluzioni spicca la revisione di determinate norme criminogene.

Sarebbe opportuno iniziare una graduale depenalizzazione di taluni reati per ridurre, da un lato, l’ingresso in carcere e, dall’altro, potenziare le strutture di recupero e creare un efficiente sistema di “Sert” finalizzato alla cura dei tossico-dipendenti.

Lo strumento più forte ed incisivo per garantire la rieducazione del detenuto sembra restare il lavoro: non a caso il tasso di recidiva passa dal 70% al 10% nei confronti dei detenuti che possono svolgere un’attività lavorativa durante l’espiazione della pena.

La necessità di contenimento della custodia cautelare.

La tendenza all’identificazione dell’imputato/indagato con il detenuto, rende la custodia cautelare una forma di anticipazione della pena a scapito del principio fondamentale della presunzione di innocenza⁹. C’è da riflettere sulla effettiva capacità del giudice delle indagini preliminari ad essere garante della libertà e della presunzione di innocenza dell’imputato, in considerazione, anche, delle evidenti limitazioni che il giudice subisce sul piano cognitivo, essendo la sua conoscenza dei fatti limitata agli atti offerti dal pubblico ministero senza effettiva possibilità di un contributo dialettico offerto alla controparte, data la mancata incidenza, nella prassi, della riforma intervenuta, a tal proposito, con la legge dell’ 8 agosto 1995 n° 332. A causa dello stato di crisi del sistema giudiziario, incapace di dare una risposta punitiva certa e pronta, per cui la sanzione più temibile non è tanto la pena, ma la pubblica diffama-

⁹ V. Grevi, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell’imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, Milano, 2000, 99.

zione dell'imputato, la carcerazione preventiva finisce, spesso, per assolvere le funzioni di prevenzione generale e di prevenzione speciale, con esiti ancora più afflittivi di quelli collegati alle pene in senso stretto, essendo "l'intimidazione basata non sulla minaccia legale della pena ma sul carattere esemplare della sua irrogazione" (ad un individuo, peraltro, solo sospettato di aver commesso un reato). Da una parte, allora, bisogna scongiurare quelle prassi devianti inclini ad un abuso dello strumento della custodia cautelare in carcere; dall'altra, contenere la drammatica, quanto ormai conclamata, situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari italiani, anche rinforzando, sul piano della capacità dimostrativa, le esigenze cautelari che ne presuppongono l'applicazione. Le carceri italiane, infatti, rischiano il collasso anche a causa della presenza di detenuti in attesa di giudizio, esponendo l'Italia al rischio di essere condannata da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art.3 della C.e.d.u., che vieta trattamenti inumani o degradanti.

Occorre analizzare le questioni giuridiche emergenti, specificamente, dalla normativa italiana, confrontandola con il sistema francese a cui, spesso, la dottrina italiana ha guardato come modello di riferimento quando ha discusso della necessità di rafforzare il diritto di difesa e la presunzione di innocenza dell'imputato. E' opportuno considerare, come punto di partenza, la normativa europea, a cui gli Stati dell'Unione hanno l'obbligo di conformarsi. Del resto, "non vi è dubbio che il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo occupino un posto centrale nel processo di integrazione europea, atteso che non può che condividersi l'idea che l'unità europea non può essere compiutamente realizzata se non partendo dai diritti dell'individuo e dalla garanzia della loro salvaguardia"¹⁰.

Allo scopo di ridurre drasticamente i numeri dei detenuti in attesa di giudizio, fronteggiando, così, il fenomeno del sovraffollamento e garantendo l'effettivo principio per cui la carcerazione preventiva deve rappresentare l'extrema ratio, la Commissione europea ha presentato un Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, in risposta all'invito del Consiglio europeo ad approfondire il tema della custodia cautelare.

Pur riconoscendo che il tema della detenzione rientra nella sfera di competenza degli Stati membri, la Commissione europea giustifica l'iniziativa facendo leva sull'esistenza di un interesse indiretto dell'Unione europea in materia.

¹⁰ Teitgen, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006, 653-654.

Le problematiche relative alla detenzione vengono percepite come “un aspetto rilevante dei diritti che devono essere salvaguardati per promuovere una fiducia reciproca e per assicurare il buon funzionamento degli strumenti per il reciproco riconoscimento”¹¹. In questa prospettiva la Commissione si propone di approfondire le questioni relative alla detenzione che possono avere importanza comunitaria.

Con riguardo alla custodia cautelare, la Commissione valorizza il principio di proporzionalità, in forza del quale le misure coercitive devono essere utilizzate “soltanto quando siano strettamente necessarie e soltanto per il tempo necessario”¹². Emergono diversi profili. Da un lato il problema dell'applicazione smisurata, in molti Paesi, della custodia cautelare, in spregio alla regola secondo cui essa costituisce l’“extrema ratio”. Dall'altro lato, il canone di proporzionalità viene considerato come strettamente connesso al diritto alla ragionevole durata della detenzione preventiva, riconosciuto dall'art. 5 par. 3 CEDU. Si prende atto che il tempo che una persona può trascorrere in stato di detenzione preventiva varia sensibilmente da uno Stato all'altro. In secondo luogo, vi è consapevolezza che la previsione di periodi di detenzione preventiva eccessivamente lunghi non corrisponde ai valori propugnati dall'Unione europea. Si insiste, anche, sulla necessità che gli Stati membri rispettino i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali, compresi l'art. 4 della Carta dell'UE e l'art.3 della CEDU, a salvaguardia delle condizioni di detenzione. Il convincimento è che “i detenuti in attesa di giudizio e quelli condannati hanno diritto a un ragionevole livello di condizioni di detenzione. Le carceri sovraffollate e le accuse di trattamento inadeguato dei detenuti possono deteriorare la fiducia sulla quale necessariamente si basa la cooperazione giudiziaria nell'Unione europea”¹³.

L'Italia si distingue negativamente per essere al di sopra della media europea sia per il numero dei detenuti in attesa di giudizio, sia per la densità penitenziaria, sia infine per la presenza dei detenuti stranieri; in diverse occasioni, a causa, anche, del sovraffollamento, è stata riscontrata l'esistenza di condizioni inumane di detenzione, con conseguente condanna da parte della Corte di Strasburgo.

¹¹ Commissione europea, Bruxelles, 14 giugno 2011, Libro verde sull'applicazione della normativa UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione

¹² Commissione europea, Bruxelles, 14 giugno 2011, cit.

¹³ Commissione europea, Bruxelles, 14 giugno 2011, cit.

Queste sono ragioni in più per ricercare soluzioni alternative rispetto ai tradizionali modi di affrontare la questione della custodia preventiva, in un'ottica di apertura a modelli adottati da altri ordinamenti.

In forza della presenza, nel nostro ordinamento, di due canoni essenziali, e cioè la presunzione di innocenza e l'inviolabilità della libertà personale, che questa materia assume una connotazione delicata e complessa, la Corte Costituzionale ha affermato che l'antinomia tra la presunzione di colpevolezza e la detenzione preventiva è solo apparente, in quanto "è proprio la prima a segnare, in negativo, i confini di ammissibilità della seconda"¹⁴. In particolare, spiega la Corte, affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò nonostante si tratti di misure ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. L'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata, in alcun caso, esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere a finalità proprie della sanzione penale, né restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto "vuoto dei fini"). Infatti, l'unica forma di limitazione di libertà concessa e compatibile con la Costituzione è quella funzionale al procedimento penale, cui il trattamento cautelare è servente.

Una questione di particolare rilievo che deve essere presa in considerazione è l'automaticità con cui, in forza dell'art. 275 c.p.p., terzo comma è disposta la detenzione cautelare per i delitti di mafia, i quali sono sempre stati al centro delle norme di deroga al principio del minimo sacrificio necessario della libertà personale, e, dunque, alla "libertà" di scelta del giudice circa la meno gravosa tra le cautele utili ad assicurare le esigenze cautelari poste dal caso concreto.

Nella prima parte, il terzo comma dell'art 275 enuncia il principio per cui la custodia cautelare può essere disposta solo "quando ogni altra misura risulti inadeguata". Tuttavia, questo enunciato prevede una rilevante deroga, compresa nella seconda parte dello stesso comma, che è costituita dai delitti ivi elencati, per i quali la custodia in carcere è considerata l'unica misura in grado di fronteggiare le esigenze cautelari sottese a quelle fattispecie delittuose. La Corte Costituzionale, che già nella sentenza n° 450 del 1995, aveva affermato

¹⁴ Corte Cost., 21 luglio 2010, n. 265, in Arch. *Nuova proc. Pen.* 2010, 5, 513.

che la delimitazione dell'operatività dell'art.275, comma 3, «all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato», ha, di conseguenza, limitato, con le sentenze n° 265, 164, 231 del 2011 e 110 del 2012, la compatibilità costituzionale della presunzione espressa nell'art.275, terzo comma, ai soli delitti di mafia. La Corte ha individuato la "ratio" di questa presunzione nella struttura stessa della fattispecie e nelle sue connotazioni criminologiche, per cui, secondo una regola di esperienza, non sarebbero sufficienti misure meno afflittive della detenzione cautelare per troncane il forte legame esistente tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza.

Di rilevante novità si mostrano le considerazioni della Corte Costituzionale contenute nella sentenza n° 57 del 29 marzo 2013. Essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui, nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis cod. pen. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

La Corte ha riscontrato un'irragionevolezza della presunzione assoluta riguardo questo tipo di delitti, la quale non può essere giustificata né per la struttura stessa né per le connotazioni criminologiche della fattispecie. Il contrasto però, come si diceva, non è risultato tale da far cadere completamente la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere, ma ne ha determinato la trasformazione da assoluta in relativa, rendendola superabile attraverso l'acquisizione di "elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

In ogni caso, la sentenza in esame ha rappresentato, indiscutibilmente, un passo importante verso il rafforzamento del principio dell'inviolabilità della libertà personale e la riduzione del sovraffollamento delle carceri.

La necessità di una riforma dell'istituto della custodia cautelare si impone, come preannunciato nella premessa, anche alla luce del problema del sovraffollamento delle carceri che ha causato severe pronunce nei confronti dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo.

Guardando all'ordinamento francese, ci si rende conto che il Legislatore si è adoperato per fronteggiare il problema soprattutto a seguito degli ammonimenti perpetrati dalla Corte europea di Strasburgo. Alla base delle riforme della misura detentiva intervenute in Francia sono state soprattutto le condanne della Corte europea¹⁵,

La legge 516 del 2000 è il risultato di un lungo iter parlamentare: il progetto di legge elaborato dal Governo, infatti, ha conosciuto numerosi emendamenti, frutto di un serrato dibattito. L'impatto tra questa legge e la normativa processual-penalistica francese è stato forte. Tale testo, composto da 142 articoli, contiene numerose ed importanti modifiche al codice di procedura penale francese. Si tratta, infatti, di una riforma complessiva del processo penale, finalizzata al rispetto della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

La legislazione in parola mette in evidenza che la presunzione di innocenza deve essere garantita in ogni fase del processo penale, al fine di assicurare l'efficacia del processo penale: *“bien évidemment, les principes protecteurs des libertés individuelles doivent être appliqués, dans les conditions prévues par la loi, de façon à ne pas mettre en péril l'exigence d'efficacité du procès pénal. Cet équilibre entre le respect des droits de la personne et les exigences de la répression doit être également recherché durant toutes les phases de la procédure”*.

Con particolare riguardo alla detenzione preventiva l'aspetto che più riveste importanza è l'istituzione di un nuovo soggetto, “le juge des libertés et de la détention” che, secondo l'art. 137 del c.p.p. francese è “un magistrat du Siège, ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président (...) désigné par le tribunal de grand instance”. Egli è competente ad autorizzare la detenzione provvisoria e a disporre eventualmente la proroga; inoltre, può decidere in merito alle richieste di scarcerazione qualora il giudice istruttore, naturale destinatario di simili istanze, non abbia ritenuto di accoglierle.

La novità è rappresentata dalla possibilità per l'imputato di richiedere un'udienza pubblica, in luogo della tradizionale procedura in camera di consiglio.

La volontà di uniformare la legislazione interna ai precetti della Convenzione

¹⁵ Da prendere in considerazione, riguardo il tema della detenzione preventiva, sono, nello specifico, la legge n° 2000-516 del 15 giugno 2000, che ha rafforzato la protezione di innocenza e dei diritti delle vittime nella custodia cautelare (la cosiddetta “Loi Guigou”), la legge n° 2007-291 del 5 marzo 2007 sul rafforzamento dell'equilibrio della procedura penale e la legge n° 2009-1436 del 24 novembre 2009 sul sistema penitenziario.

europea dei diritti dell'uomo traspare, inoltre, dalla prevista riduzione dei termini massimi della detenzione provvisoria al fine del rispetto dell'art. 5. C.e.d.u..

La legge n° 2007 del 5 marzo 2007 Cinque sono gli obiettivi che il Governo si è posti nel proporre la riforma: migliorare la coerenza dell'organizzazione territoriale dei giudici istruttori al fine di favorire il lavoro di equipe; assicurare il carattere eccezionale della detenzione provvisoria¹²; Le principali modifiche apportate dalla legge all'istituto della detenzione provvisoria riguardano la limitazione dei casi in cui è possibile ricorrervi. In particolare, è stato considerato il turbamento dell'ordine pubblico che può costituire motivo di detenzione cautelare solo se esso risulti eccezionale e persistente e non dovuto alla risonanza mediatica che il presunto reato può aver suscitato. Un importante intervento, degno di attenzione, è quello dell'introduzione, qualora sia adottata la decisione di detenzione provvisoria, dell'obbligo di un controllo, ripetuto ogni sei mesi, sulla sussistenza delle condizioni per prolungarla. Il 24 novembre 2009 con la legge n° 1436 del 24 novembre 2009, è stata promulgata la nuova "Loi pénitentiaire" che ha riformato il servizio pubblico penitenziario francese.

In particolare la legge prevede innanzitutto l'estensione del domicilio coatto con sorveglianza mediante braccialetto elettronico fisso o mobile al posto della detenzione provvisoria o della parte finale (gli ultimi quattro mesi) di una condanna ad una pena detentiva inferiore ai cinque anni. Gli interventi legislativi di cui si è trattato sono tutti mirati a limitare il ricorso alla custodia preventiva. Si tratta di soluzioni che potrebbero offrire un importante spunto di riflessione a quanti sono impegnati nella ricerca di possibili soluzioni al problema del sovraffollamento delle carceri italiane.

Dal quadro generale emerso, è evidente la necessità di una riforma dell'istituto della custodia per poter contribuire efficacemente alla questione del sovraffollamento delle carceri e per una maggiore effettività delle garanzie. Senz'altro il problema è di grande complessità e la strada per delle concrete soluzioni sembra, ancora, essere lontana. E' indispensabile aprirsi alle istanze garantiste che provengono dalla giurisprudenza sovranazionale "che proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, appare connotata da forte attivismo"¹⁵. Questo vale soprattutto in tema di libertà personale che "si confi-

¹² Sulle condizioni di ammissibilità della detenzione provvisoria vedi l'art 144 del codice di procedura penale francese, nota 23

¹⁵ Ruggeri, "La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEUR. e della Carta di Nizza-

gura nel sistema come presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione¹⁷ nella consapevolezza che il diritto di difendere la libertà personale non costituisce un traguardo, ma un' irrinunciabile base di partenza per un ordinamento democratico e civile.¹⁸

Divieto di trattamenti inumani e degradanti e sovraffollamento carcerario: le linee-guida della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

I dati inerenti al sovraffollamento sono stati oggetto dell'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Quest'ultima ha imposto alle autorità italiane l'assunzione di un piano per le riforme in ambito penale e penitenziario nel nome della protezione della dignità umana, constatata una sistematica violazione di quanto sancito dall'articolo 3 CEDU.

La Corte Europea ha, infatti, ricordato che l'articolo 3 CEDU (*“Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”*) consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Anche nelle situazioni più complesse, quali la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, la Convenzione vieta in modo assoluto la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti. L'articolo 3 CEDU, diversamente dalla maggior parte delle altre clausole normative della Convenzione, non prevede alcuna limitazione, non soffre di alcuna deroga, neppure in caso di pericolo pubblico imminente per la vita della Nazione, affermando, quindi, il valore della tutela della dignità dei detenuti rispetto all'esigenza di sicurezza sociale. Il divieto della tortura, delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti, è assoluto.

Nondimeno, a parere della Corte, un maltrattamento deve assurgere ad un minimo di gravità per ricadere sotto l'ambito operativo

Strasburgo”, 6 in www.forumcostituzionale.it

¹⁷ Grevi, “Libertà personale dell'imputato e Costituzione”, Milano, 1976, 2.

¹⁸ Giostra “Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie per la libertà personale” in Riv. it. Dir. Proc.pen.,1994, pag.1265.

di tale disposizione. Il suo apprezzamento ha, per definizione, natura relativa al contesto, dipendendo dall'insieme delle caratteristiche del caso concreto e, in particolare, dalla durata del trattamento e dai suoi effetti fisici e mentali, e talvolta anche dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima.

Ci si deve, allora, interrogare se sia possibile ancorare ad un dato certo e oggettivo il discrimine tra legalità e inumanità del trattamento penitenziario.

La Corte di Strasburgo ha stabilito che - sebbene non sia possibile stabilire in maniera certa lo spazio personale per ciascun detenuto ai sensi della Convenzione - la mancanza flagrante dello stesso costituisce violazione dell'articolo 3 CEDU, relativo al divieto di trattamenti inumani e degradanti.

È stato dirimente, ad esempio nell' "*affaire Sulejmanovic*"¹⁶, il canone della proporzionalità tra le esigenze di sicurezza sociale - penitenziaria ed interesse della singola persona. La posizione di Strasburgo, in questo caso, ammette "il sacrificio imposto al singolo", ma la pena non deve mai eccedere quel "minimo necessario" e non deve mai incidere su posizioni non comprimibili in assoluto. Pertanto, non è ammissibile la lesione della dignità della persona, cioè una detenzione sostanzialmente inumana.

Come già detto, la Corte, prima di dichiarare la violazione dell'articolo 3, ha affermato come necessaria una valutazione concreta della vita complessiva del detenuto in carcere¹⁷.

Nonostante la drammaticità delle condizioni dei detenuti nelle carceri italiane, come denunciata dalla Corte nella pronuncia appena esaminata, l'Italia non ha adottato nel successivo biennio le misure necessarie a rimediare al problema del sovraffollamento carcerario.

¹⁶ C. eur. dir. uomo, sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*

¹⁷ Secondo la Corte la "flagrante" mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è di per sé sola, al di là di ogni valutazione sulle altre condizioni, costitutiva di un trattamento inumano e degradante. C. eur. dir. uomo, sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*

A fronte dell'inerzia dello Stato italiano, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è nuovamente intervenuta sulla questione, procedendo alla condanna dello Stato¹⁸.

Nell'affrontare le questioni circa l'ammissibilità dei ricorsi qui in esame, la Corte si è a lungo soffermata sull'esistenza nell'ordinamento giudiziario italiano di vie di ricorso interne volte ad ottenere pronunce vincolanti in materia di condizioni detentive.

I ricorrenti, in particolare, lamentavano la non giurisdizionalità, e quindi non vincolatività, delle pronunce del Magistrato di Sorveglianza, rese a norma degli articoli 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario (L. n. 354 del 1975), affermando, al contrario, la natura amministrativa delle stesse.

Il Governo, invece, sostenendo il carattere pienamente giurisdizionale di tali rimedi, denunciava il loro omesso esperimento con conseguente insussistenza dei requisiti per l'ammissibilità di un ricorso alla Corte.

La Corte EDU, nella sentenza "*Torreggiani*", ha affermato che lo stesso reclamo al Magistrato di Sorveglianza, disciplinato dall'art. 14-ter della L. n. 354 del 1975, non soddisfa lo standard minimo di tutela previsto dalla giurisprudenza europea principalmente in termini di disponibilità, accessibilità, adeguatezza e sufficienza, e pertanto l'Italia dovrà provvedere, "*sans retard*", all'elaborazione di «un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi, che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione adeguata e sufficiente delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia»¹⁹.

La contestata effettività evidenziata dalla Corte EDU lascerebbe intravedere una possibile soluzione attraverso un intervento legislativo con lo scopo di dare vigore alla disciplina normativa prevista in materia.

¹⁸ C. eur. dir. uomo, sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. Il caso ha riguardato i trattamenti subiti dai ricorrenti, 7 persone detenute per molti mesi nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza, in celle triple e con meno di 4 m² a disposizione per il singolo detenuto. Ciò che appare particolarmente significativo è che la Corte ha qualificato tale decisione come "*sentenza pilota*". Quanto riscontrato dalla Corte con tale pronuncia, troverà pertanto applicazione in futuro in relazione alla generalità dei reclami pendenti davanti alla stessa riguardanti l'Italia, ed aventi ad oggetto analoghe questioni di sovraffollamento carcerario.

¹⁹ C. eur. dir. uomo, sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. paragrafo 99.

In pratica, si tratterebbe di congetturare un sistema di rimedi che contemplino sia la possibilità di una *restitutio in integrum*, sia un risarcimento di natura economica del danno derivante da detenzione inumana²⁰.

L'effettività di questi rimedi si potrebbe collegare al progressivo riconoscimento di diritti ed interessi incompressibili dei detenuti che ha raggiunto il suo apice proprio con la legge n. 354 del 1975 (ord. penit.). L'ordinamento, ispirato a "canoni di civiltà giuridica", ha poi individuato un diritto del soggetto *in vinculis* a vedersi riconosciuta una forma di "tutela negativa", per la conservazione delle posizioni giuridiche preesistenti la condizione detentiva, ed un diritto a godere di una pari "tutela positiva"²¹, per beneficiare di proposte trattamentali tese all'accertamento dell'avvenuto percorso di recupero e di rieducazione del soggetto. Quindi, il soggetto in stato detentivo dovrebbe poter esercitare il diritto di azione con un'ampiezza corrispondente a quella del soggetto libero. A rafforzare ulteriormente questa soluzione, esiste un'autorevole giurisprudenza interna delle Corti superiori, le quali hanno più volte sollecitato l'intervento del legislatore al fine di regolamentare la tutelabilità delle posizioni di interesse vantate dai detenuti in caso di una condotta illecita, omissiva o attiva, da parte dell'Amministrazione penitenziaria.

La Cassazione aveva, in tempi non sospetti, riconosciuto in capo al detenuto, rispetto all'esercizio della potestà amministrativa, la titolarità di posizioni giuridiche soggettive che lo legittimano, quale soggetto attivo, al ricorso presso un organo, individuato nel Magistrato di sorveglianza, che dovrebbe giudicare secondo una procedura di carattere giurisdizionale²². In questa direzione, si era suggerita la possibilità di dotare il summenzionato organo di opportuni poteri di tutela aventi efficacia sia inibitoria, sia costitutiva di annullamento avverso comportamenti e atti lesivi perpetrati dall'Amministrazione penitenziaria.

Anche la Consulta aveva indicato, seppur timidamente, un generale potere di cognizione del Magistrato di sorveglianza sulle controversie riguardanti la lesione dei diritti del detenuto, derivante dagli illeciti dell'Amministrazione, come inevitabile conseguenza del trattamento penitenziario²³. D'altronde la *ratio* di questo potere si rinviene nella particolare posizione del detenuto co-

²⁰ F. Fiorentin, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane* (Note in attesa di un intervento riformatore in linea con la prospettiva delineata dalla Corte EDU con la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*), in *Diritto Penale contemporaneo*, febbraio 2013, pag. 3.

²¹ F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. di merito*, 2010, fasc. 11, pag. 2811.

²² Cass. Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, in *Riv. Pen.*, 2004.

²³ C. Cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212.

me soggetto “debole” durante lo stato di restrizione²⁴.

Come detto sopra, la Corte non si è limitata a decidere sul caso singolo, ma ha qualificato la pronuncia Torreggiani come sentenza pilota. La procedura delle sentenze pilota, fondata sull’articolo 46 CEDU, è attualmente disciplinata dall’articolo 61 del regolamento della Corte. Si tratta di una procedura affermata nella prassi, a partire dal noto caso Broniowski c. Polonia. Essa può essere attivata quando il caso particolare evidenzia l’esistenza di un problema strutturale derivante da prassi statale incompatibile con la CEDU, suscettibile di interessare un vasto numero di persone. Pertanto, in applicazione della procedura prevista per le sentenze pilota, la Corte ha fissato in un anno il tempo entro il quale l’Italia dovrà provvedere ad adottare le misure raccomandate.

In particolare, il dispositivo della sentenza ha chiesto allo Stato di istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi, tali da garantire forme di riparazione adeguate e sufficienti, per il ripristino della legalità all’interno delle carceri italiane.

Recependo le direttive impartite dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo con la sentenza Torreggiani, il 13 Febbraio 2013 il Tribunale di Sorveglianza di Venezia ha individuato nel rinvio dell’esecuzione (art. 147 codice penale) una possibile soluzione al problema del sovraffollamento carcerario. È stata, poi, sollevata una questione di costituzionalità inerente dell’art. 147 c.p., laddove *“non prevede, oltre i casi espressamente contemplati, l’ipotesi di rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, per violazione degli artt. 27, comma 3, 117, comma 1 (nella parte in cui recepisce l’articolo 3 della CEDU), 2 e 3 della Costituzione.”*

L’art. 147 c.p. prevede, infatti, come cause alla base della richiesta di sospensione facoltativa dell’esecuzione della pena, la previa presentazione di una domanda di grazia, ovvero lo stato di grave

²⁴ C. Cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266, in *Giur. cost.* 2009, fasc. 5, pagg. 3779 - 3788.

infermità fisica in cui versa il detenuto, ovvero ancora la sua condizione di madre con prole di età inferiore ai tre anni, ma non l'ipotesi in cui la detenzione sia incompatibile con i dettami costituzionali e con le recenti sentenze della Corte di Strasburgo. Di fatto, nell'ordinanza del 13 Febbraio 2013 di rimessione della questione alla Corte Costituzionale, si invoca una pronuncia additiva, cioè una pronuncia di accoglimento sull'incostituzionalità della norma, nella parte in cui non prevede la facoltà per il giudice di differire l'esecuzione della pena anche nel caso sopra richiamato, non sussistendo, in via interpretativa, la possibilità per il giudice di addivenire alla medesima soluzione, considerato il dato letterale della disposizione censurata.

La pronuncia appena esaminata può essere inserita in un ambito di crescente attenzione alle problematiche concernenti le condizioni di espiazione della pena. In questa direzione assume particolare rilievo una sentenza storica, emessa il 22 Febbraio 2011 dalla Corte Costituzionale Tedesca, che ha posto *“l'obbligo dello Stato di rinunciare immediatamente all'attuazione della pena nel caso di detenzioni non rispettose della dignità umana”*. Analoga pronuncia è stata adottata prima dalla Corte Federale dello Stato di California²⁵ (8 Aprile 2009) e, in seguito, dalla Corte Suprema degli Stati Uniti (23 Maggio 2011), che ha confermato la precedente statuizione.

Secondo la Corte Suprema, *“un carcere che priva i detenuti dell'essenziale, incluse adeguate cure mediche, è incompatibile con il concetto di dignità umana e non ha posto in una società civilizzata”*; spetterebbe alle corti, in difetto di interventi governativi, il compito di far rispettare i diritti costituzionali. La Suprema Corte, così affermando, ha dato atto alla Corte Federale di avere imposto un limite al numero dei detenuti con modalità tese a pre-

²⁵ La Corte Distrettuale Federale della California, prendendo atto, a seguito di due class action proposte da detenuti, della gravità della violazione dei diritti degli stessi, ha ordinato al Governatore dello Stato di ridurre in maniera cospicua, entro due anni, la popolazione carceraria.

servare la sicurezza pubblica e il funzionamento del sistema giudiziario penale.

In definitiva, confermando l'ingiunzione con la quale è stata imposta allo Stato della California la liberazione di un numero elevato di detenuti, si è riconosciuto il carattere sistemico della violazione costituzionale, statuendo che il ripristino della tutela della dignità umana è prioritario, al di là di ogni possibile impatto negativo sulla sicurezza pubblica.

Tutela del diritto alla salute: previsioni costituzionali e idoneità al regime carcerario

Un ulteriore diritto che risente anche dell'attuale situazione di sovraffollamento è quello che l'art. 32 della Costituzione sancisce come inviolabile a tutela della salute. Dalle discussioni dottrinarie fino alle pronunce della Corte Costituzionale del 1978 e dalla ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione sono partite spinte innovatrici che hanno permesso, approdando infine alla istituzione del Sistema Sanitario Nazionale²⁶, di dare attuazione diretta all'art. 32 Cost., interpretandolo non più come mera norma programmatica, bensì come avente portata immediatamente precettiva. Ci si deve chiedere se il diritto de quo sia garantito anche in carcere e se i detenuti usufruiscano di un servizio sanitario sufficiente a tutelare un diritto di cui l'ordinamento si fa garante in modo indistinto per condizioni e stato sociale. Analizzando l'art. 146 c.p. (rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena), e l'art. 147 c.p. (rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena), alla luce delle interpretazioni della Cassazione, ci si accorge che il giudizio sulla gravità delle condizioni del detenuto viene ad assumere caratteri di relatività, condizionato dal rapporto di volta in volta mutevole tra condizioni del detenuto e condizioni ambientali del carcere. Le interpretazioni della Corte di Cassazione sul tema non sono state coerenti nel tempo, si denota che non c'è mai una definizione omogenea ed uniforme del concetto di salute, ma varia caso per caso. In una pronuncia della Corte è stato definito "grave" non solo quello stato patologico che determina pericolo di morte, ma ogni patologia che cagioni pericoli o conseguenze dannose, o quantomeno esiga un trattamento non at-

²⁶ L.833 del 1978

tuabile in carcere²⁷, dando così un'interpretazione estensiva alla norma. Dopo tale pronuncia la Corte si è smentita in un'altra sentenza affermando che: "ai fini del differimento ex art. 146 c.p., non è sufficiente che l'infermità menomi in maniera anche rilevante la salute del soggetto, ma è necessario invece, che sia talmente grave da apparire la pena detentiva in contrasto con il senso di umanità, ed occorre inoltre che la malattia sia di tale gravità da escludere la pericolosità del condannato e la sua capacità di avvertire l'effetto rieducativo del trattamento penitenziario"²⁸. Si è data, con tale ulteriore pronuncia, una visione restrittiva per la valutazione dei requisiti di sussistenza richiesti dall'art. 146 c.p., sostanzialmente contraria all'interpretazione precedente avvenuta nello stesso anno, non fornendo all'interprete con tali repentini cambiamenti una delucidazione chiara della disciplina, né i criteri di valutazione oggettivi di cui necessita. In seguito con giudizi più recenti la Corte Costituzionale, tornando sul punto, ha sancito il valore supremo dell'art. 32 Cost. ed ha affermato come lo stato di detenzione non possa essere un ostacolo verso le esigenze di tutela del diritto alla salute, privilegiando il diritto alla salute quale diritto soggettivo costituzionalmente garantito, anche a discapito del principio di certezza della pena²⁹: che il detenuto in gravi condizioni è titolare di un'aspettativa "qualificata" alla prestazione sanitaria, gode di un interesse legittimo ad un efficace servizio medico all'interno dell'istituto penitenziario e, qualora emerga che tale struttura non sia in grado di apprestare le cure necessarie, acquisisce un diritto soggettivo al rinvio dell'esecuzione della pena. Guardando alle pronunce della Corte europea dei diritti umani, esemplificativo risulta il caso *Cara Damiani c. Italia*³⁰: la questione posta alla Corte evidenziava come lo Stato italiano fosse ed è tutt'ora incapace di garantire le cure necessarie ai detenuti che ne hanno bisogno e non permettesse, con la sua burocrazia, alternative valide per sopperire a tale inadeguatezza. Le argomentazioni delle parti³¹, sono espressione evidente di una disfunzione strutturale del sistema organizzativo attuale. Il ricorrente aveva ritenuto di essere stato vittima di un trattamento contrario all'art. 3 della Convenzione poiché nel penitenziario di Parma era stato rinchiuso in una sezione per detenuti comuni che, a causa di barriere architettoniche insormontabili, non era compatibile con il suo stato di handicap, inoltre non gli era stato possibile ricevere le cure

²⁷ Cass. Pen. Sez. VI, del 27 settembre 1986 (c.c. 6 agosto 1986 n. 1361)

²⁸ Cass. Pen. Sez. I sent. 15 dicembre 1986 n. 304

²⁹ Corte Cost. sent. 414 del 1991

³⁰ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sent. 7 febbraio 2012 ricorso n. 244/05

³¹ CEDU, sent. 7 febbraio 2012 ricorso n. 244/05, punto B. Sul merito

adeguate in quanto il carcere di Parma non era attrezzato a dispensarle. Il Governo sottolineava che il ricorrente non fosse in uno stato invalidante tale da essere sottoposto a pericoli o ad una prova la cui intensità eccedesse l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione. Inoltre, quando era stato necessario, il ricorrente era stato ricoverato in ospedali specializzati, conformemente alla legge penitenziaria. La Corte ha cercato di chiarire quali fossero i presupposti per la sussistenza della violazione dell'art. 3, definendo "relativa" quella che è ritenuta la soglia minima di gravità in quanto necessita di un adattamento caso per caso adeguato al tipo di patologia e alla struttura penitenziaria, oltre che al sesso, all'età ed a ulteriori fattori oggettivi riscontrabili in un giudizio medico. La Corte inoltre ha auspicato che, in ragione di una più accesa sensibilità verso soggetti affetti da handicap o in età avanzata, gli Stati mitigassero i trattamenti in favore di una vita più tranquilla e normale quando questa si ritiene anche solo propedeutica ad un migliore stato di salute. Nella sentenza la Corte, giudicando l'Italia colpevole per violazione dell'art. 3 della Convenzione, ha citato come parametri applicabili al caso quelli formulati nel precedente ricorso *Sakkopoulos c. Grecia* in cui erano stati definiti gli elementi di incompatibilità dello stato di salute con il mantenimento in carcere³², inoltre, rifacendosi ad una relazione del CPT³³ (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti), augurandosi un intervento degli Stati europei per favorire in ambiente carcerario un livello di cure paragonabile alle normali prestazioni sanitarie dispensate dalle autorità statali a tutta la popolazione. Dal caso *Cara Damiani* si può intuire che l'inefficienza della sanità penitenziaria italiana è solo una parte del problema; sovrappollamento, cattiva sanità, strutture fatiscenti sono un effetto diretto di un fallimento protratto nel tempo che lo Stato ed il disinteresse generale hanno portato ad insostenibili livelli.

In sede europea sono state più volte ribadite l'urgenza e la celerità che il problema carceri impone e le condizioni di intervento necessarie per migliorare la situazione degli istituti penitenziari italiani ed europei. Già con una raccomandazione del Consiglio d'Europa³⁴, con la quale si regolavano e si auspica-

³² Condizioni del detenuto, qualità delle cure dispensate, opportunità di mantenere il regime carcerario visto lo stato di salute.

³³ Rapporto CPT paragrafo 100, al Governo Italiano relativo alla visita in Italia dal 21 novembre al 3 dicembre 2004: "La delegazione ha rilevato carenze allarmanti in campo della sanità penitenziaria che sono, in larga misura, la diretta conseguenza di severi tagli al bilancio. Inoltre la delegazione è stata informata che la riapertura della sezione paraplegici di Parma è incerta perché i fondi necessari per completare i lavori già iniziati non sono stati accantonati.

³⁴ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri Raccomandazione R(2006)2 del C. dei M. sulle regole penitenziarie europee (11 gennaio 2006, 952esima riunione) punti:19,22,44,45.

vano migliori condizioni igienico sanitarie nelle carceri degli Stati europei, si introducevano standards minimi di pulizia ed igiene degli spazi, definendo gli spazi minimi, l'accesso ai servizi, un'uniforme tutela della privacy e le regole di intervento del medico, che dovrebbe controllare settimanalmente la qualità della vita detentiva.

Le iniziative legislative più significative (legge sulla depenalizzazione e sull'affidamento in prova dell'imputato previste per la pena edittale o detentiva non superiore a 4 anni) restano ad oggi solo disegni di legge, rendendo il sistema italiano uno dei più arretrati d'Europa.

Le condizioni penitenziarie italiane, già così precarie ed allarmanti in alcuni casi, molto probabilmente non avranno un miglioramento imminente. Con decreto legge n. 216 del 2011 è stata prorogata di un anno la gestione commissariale per gli interventi straordinari di edilizia carceraria (art.17) ed è poi stata prorogata per un ulteriore anno fino al 31 dicembre 2013; tutto ciò pone l'Italia in una condizione deficitaria rispetto al panorama europeo. Le garanzie costituzionalmente sancite, puntualmente disattese per motivi di disorganizzazione, di economicità, o semplicemente interpretativi, rendono le condizioni dei detenuti italiani una diretta conseguenza di una legislazione negli anni poco interessata alla materia. Nel tempo si sono preferite soluzioni a breve termine incapaci di risolvere problemi che a loro tempo meritavano una riflessione più attenta da parte del Legislatore. L'Italia, dopo essere stata definita lo "Stato canaglia", dovrà attendersi una stagione di severe condanne da parte dell'Europa; i numerosi ricorsi che giungono alla Corte di Strasburgo si moltiplicano anno per anno, ma le condizioni dei detenuti non cambiano. Il Presidente della Repubblica per due anni consecutivi ha manifestato le sue preoccupazioni³⁵ e la necessità di intervenire, ma non ha trovato una classe politica interessata ad affrontare il problema. I vari profili operativi, utilizzati dalle amministrazioni carcerarie e dalle Corti per risolvere le questioni allarmanti che si pongono all'attenzione con sempre più prepotenza, non hanno dato prova di efficienza e non sembrano essere nella maggior parte dei casi in piena armonia con i principi costituzionali, spesso aggirati e sacrificati da una macchina della giustizia limitata dalle tempistiche e dalla burocrazia, finendo solo per aggravare le condizioni dei detenuti. Come prospettato dalla

³⁵ La Stampa 7 febbraio 2013 : "Napolitano sa, e lo scandisce, che sulla tragica e aberrante condizione detentiva «è in gioco l'onore e la reputazione dell'Italia». L'Europa ci ha già messo in mora, la condizione dei ristretti «è contro la Costituzione, l'articolo 27 impone funzione rieducativa e senso di umanità», e invece perdurano «sovraffollamento, condizioni di vita degradanti, una inaccettabile sofferenza esistenziale da cui conseguono episodi di violenza e autoleSIONISMO». Si è battuto a lungo perché si affrontasse e risolvesse la situazione, «un appello inascoltato come molti altri del mio settennato», scrive nel suo discorso.”.

Corte di Strasburgo in tema di salute del detenuto, la questione non è rinunciare al perseguimento di reati solo per lo stato di salute del reo, ma far sì che si possa conciliare l'espiazione della pena con una valutazione oggettiva dello stato di salute, in modo da scongiurare un surplus afflittivo a cui viene in molti casi condannato il ristretto. Gli interventi che il legislatore ha attuato nel tempo per modificare l'organizzazione sanitaria dei penitenziari Italiani sono stati di difficile applicazione e prevedibilmente inefficaci. L'art. 11 della Legge sull'ordinamento penitenziario al suo primo comma dà attuazione a quella che è una garanzia fondamentale, enuncia un generale principio di collaborazione con i servizi sanitari locali, ospedalieri ed extraospedalieri, garantendo almeno "formalmente" una copertura sanitaria per i detenuti. Il carente collegamento tra SSN e strutture penitenziarie e la scarsa specializzazione delle stesse nell'affrontare bisogni anche primari hanno indotto gran parte della giurisprudenza a ritenere che la "medicina penitenziaria" abbia carattere di specialità, giustificando limitazioni e differenze con un normale rapporto medico paziente. Con il riordino della medicina penitenziaria (d.lgs. 22 giugno 1999 n. 230) i caratteri di equivocità sono stati smorzati da una maggiore apertura, configurandosi un vero e proprio "diritto a prestazioni sanitarie" con una sorta di carta dei servizi dei detenuti, cercando di sopperire a mancanze dell'ordinamento fin troppo evidenti.

Nonostante questi presupposti, in tema di compatibilità delle condizioni di salute con lo stato detentivo, è oramai prassi consolidata quella di affrontare la questione ponendo su un piano superiore la tutela di alcune scelte normo-giurisprudenziali, a discapito della sacrosanta salvaguardia della salute del singolo. Basti dare guardare ai recenti dati statistici, per accorgersi del quadro sconcertante che ritrae la pluralità degli istituti penitenziari nostrani, dove un numero sempre più elevato di detenuti versa in condizioni psicofisiche a dir poco "discutibili"³⁶. Il rimpianto sta nel fatto che numerose norme e leggi speciali emanate negli anni, smentiscono la situazione attuale, confermando al contrario l'esistenza di un apparato normativo a sostegno delle istituzioni e quindi degli individui; in questo caso dei detenuti. La legge prevede che all'atto di entrata nel carcere, sia disposta una serie di accertamenti volti a in-

³⁶ L'80% di essi presenta infatti problemi di salute, di cui un 4% affetto da HIV, il 37% è in "condizioni scadenti", il 38% in "condizioni mediocri", mentre il restante 4% addirittura affetto da problemi di salute "gravi. A rendere tutto ciò ancora più preoccupante, i dati emersi dalle ultime stime del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria (DAP), secondo cui il 16% dei detenuti soffre di depressione o altri disturbi psichici, l'11% di malattie epatiche, infine il 7% è portatore di malattie infettive. Cifre che gettano l'Italia nel baratro di un'arretratezza più volte condannata dagli organi della Comunità Europea

dividuare la presenza di malattie fisiche o mentali, e quindi ad isolare i casi più gravi per poterne disporre il trasferimento in strutture specializzate. La gravità dell'infermità quale metro di giudizio, per essere considerata tale, deve risultare "non suscettibile di guarigione mediante cure o assistenza medica disponibile in luogo di esecuzione.". Come più volte ribadito dalla Suprema Corte, la perizia medica preliminare deve avere sviluppi concreti, atti a scongiurare eventuali casi di negligenza o imperizia da parte dei sanitari "locali"; nella realtà invece accade spesso che si tratti solo di semplice valutazione in astratto circa "l'idoneità della struttura carceraria a sottoporre a cure, il detenuto affetto da grave patologia". Detto ciò, segue la valutazione del giudice circa il differimento facoltativo della pena (ex art. 147 c.p.), applicabile nei soli casi in cui l'infermità sia di tale gravità da far apparire l'espiazione della pena detentiva in contrasto con il senso di umanità. Altra disciplina si applica in situazioni di compatibilità delle condizioni di salute col regime carcerario. I detenuti che ne fanno richiesta, hanno diritto a una continua assistenza da parte dei sanitari del penitenziario; mentre per coloro che decidano di ricevere le cure di un medico di fiducia, e quindi a loro spese, è prevista un'espressa richiesta al giudice competente. Il quesito sulla possibilità d'impugnazione del provvedimento che nega l'autorizzazione a pagarsi le cure, va risolto in senso negativo, non trattandosi di provvedimento riguardante la libertà personale.

I casi di differimento della pena per malattia grave o per stato di malattia che comunque arrechi danno alla popolazione carceraria oltre che all'individuo, sono suscettibili di ulteriori valutazioni quando si tratti di infermità mentale, sia essa grave o meno. I casi giurisprudenziali più noti in materia sono quelli riguardanti detenuti inadatti alla convivenza con soggetti sani e destinati quindi ad un ospedale psichiatrico giudiziario; data la recente decisione circa la chiusura forzata degli opg italiani, è ragionevole pensare oramai che il loro destino sia ritornare nelle carceri comuni. Detto ciò, continuando in tema di compatibilità, sembra quasi che il meccanismo tramite il quale questi soggetti possono beneficiare della pena differita sia diverso tra detenuti infermi di mente e quelli menomati da patologie fisiche. Per questi ultimi valgono le considerazioni fatte in precedenza, e cioè la previsione ex lege di differimento della pena in determinati casi di gravità. Per i primi invece resta ancora oggi complicato determinare una condizione di incompatibilità oggettiva col regime di detenzione. E' pacifico che la carcerazione, quale evento improvviso e destabilizzante, può favorire lo sviluppo di psicosi di varia natura, che creano dissesti in individui di per se già dissestati interiormente. La cronaca insegna

che la situazione per alcuni di questi, diventa a tal punto angosciante e disperata, da rendere il suicidio “mezzo di liberazione per eccellenza”. Ebbene i mezzi per ovviare a tali tragiche eventualità ci sarebbero; l’ordinamento penitenziario all’art. 11 comma 6, prevede l’obbligo, da parte dei sanitari dell’istituto, di segnalare immediatamente la presenza di soggetti con malattie che richiedono particolari indagini o cure specialistiche, unitamente al comma 5 dello stesso articolo dove è previsto che nel caso di “sospetta malattia psichica siano adottati senza indugio i provvedimenti del caso col rispetto delle norme concernenti l’assistenza psichiatrica e la sanità mentale”. Secondo la parte maggioritaria dei magistrati di sorveglianza però, tali patologie non rientrano tra quelle suscettibili di una valutazione circa l’incompatibilità con la detenzione.

La presenza di soggetti affetti da grave immunodeficienza patologica è divenuto sempre più fattore endemico dei penitenziari italiani. Le amministrazioni degli stessi rimangono inermi di fronte al problema, di difficile soluzione, reso tale a causa dell’incessante sovrapporsi degli istituti, ma soprattutto dalla mancanza di aree interne agli stessi, adibite al “soggiorno” dei detenuti malati. Difetti di logistica quotidianamente al vaglio delle istituzioni; punto cardine dell’auspicata riforma a breve termine sembra essere, infatti, la costruzione di strutture leggere e aperte da destinare all’espiazione di pene detentive di lieve entità, in un regime sostanzialmente autogestito. Occorre ora stabilire in quali casi e con quali modalità, i soggetti affetti dal virus HIV possano beneficiare della garanzia concessagli ex lege. Affermata la necessaria rilevanza della perizia medica d’entrata al carcere, va rilevato come il c.p.p., in concerto con le numerose leggi emanate in materia, garantiscano in alcuni casi all’imputato o ai condannati gravemente malati, il diritto a curarsi in strutture esterne al carcere, con successiva espiazione della pena nelle forme della detenzione domiciliare. Il tutto a seguito di previo accertamento circa incompatibilità del soggetto con la custodia cautelare ex art. 286 c.p.p. (introdotto dal D.lg. 335/1992, e riformato in seguito dal D.lg. 431 dello stesso anno), in base al quale la suddetta incompatibilità sussiste solo nei casi di Aids conclamata e di grave deficienza immunitaria. In tema, la svolta, seppur momentanea, si ebbe con il D.lg. 139/93, convertito in l. 14 luglio 222/1993, che sanciva definitivamente l’incompatibilità tra lo stato di detenzione e quello di affezione da Aids, andando quindi a riformulare, senza drastici cambi di rotta, l’enunciato dell’art. 286 bis c.p.p.. Erano allora previste due ipotesi d’incompatibilità: la prima concernente l’Aids conclamata; la seconda, riguardante casi di deficienza immunitaria non grave, nella quale la valutazione di incompatibilità del

giudice, teneva conto degli “effetti che sulla pericolosità del detenuto hanno le sue attuali condizioni fisiche”. La Corte Cost. negli anni è stata chiamata più volte a pronunciarsi a riguardo. L’automatismo stabilito dalla l. 222/93, che come detto stabiliva l’incompatibilità tra lo stato detentivo e l’affezione da Aids, è stato ridimensionato dalle sentenze della Corte, più precisamente dalle n°438 del 1995 e n°439 del 1995 che rispettivamente hanno dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 146 comma 1 n° 3, e dell’art. 286 bis comma 1. La Consulta, più volte sollecitata dai Tribunali di Sorveglianza, giunse ad affermare che si era oramai creata una sorta di categoria di “penalmente immuni”, quasi come se alcuni fossero soggetti a un nuovo regime ordinario, ponendo in secondo luogo la peculiarità di siffatte situazioni, ovvero di discipline derogatorie ed eccezionali basate sulla ponderazione tra principi costituzionali in gioco e reali esigenze di salute individuale e collettiva. Da qui il ragionamento della Corte, secondo cui andava disattesa l’illogica obbligatorietà del divieto di custodia in carcere per i soli affetti da Aids, dovendo invece operare per essi la regola sancita dall’art. 275 comma 4 c.p.p., attuabile in ogni situazione in cui qualsiasi altra misura restrittiva risulti inadeguata. A distanza di venti anni dalla l. 222 del ’93, il numero di detenuti affetti da Aids è andato sempre più aumentando, fino a giungere, oggi, ad una situazione che definire vergognosa equivale a diminuirne la portata. Lo stato attuale di sovraffollamento, unito alla scarsità d’igiene e alla superficialità delle cure mediche, incoraggia il contagio tra detenuti (trattandosi spesso di tossicodipendenti). Nonostante i numerosi e frenetici cambi di rotta in materia, opinione pubblica e dottrina restano del parere che considerare la tutela della salute pubblica come un bene “quantitativamente superiore agli altri”, porrebbe su di un piano inferiore quella del singolo che, in situazioni di restrizioni della libertà personale, aggravate dalle cattive condizioni di salute, dovrebbe invece assurgere a bene supremo meritevole quanto meno di un’ adeguata considerazione da parte delle istituzioni. Resta il fatto che la casistica giurisprudenziale in merito ai differimenti di pena per detenuti affetti da HIV, è pressoché inesistente; è recente infatti il primo caso, destinato a diventare giurisprudenziale, di un detenuto del carcere Marassi di Genova, cui è stata concessa dal Tribunale di Sorveglianza l’espiazione della pena in forma domiciliare. E’ il primo caso in Italia di differimento della pena concesso ad un detenuto affetto da Aids (e per di più con condanna superiore ai 6 anni); ciò evidenzia la disparità di giudizio tra i vari Tribunali di Sorveglianza territoriali che dopo anni dall’entrata in vigore della norma sopracitata, rimangono sepolti tra lungaggini burocratiche e opinione pubblica d’inquisizione, secondo un ubi maior ora-

mai consolidato in base al quale il delinquente seppur gravemente malato, resta sempre un delinquente.

Tirando le somme del discorso, a ben vedere non suona esagerato affermare che lo scenario di degrado e difficoltà dei lazzaretti, di manzoniana memoria, non sembrerebbe poi così lontano. Senza però voler cadere in futili qualunquismi, effetto tipico in tempo di crisi, bisogna quantomeno fare una constatazione: l'apporto istituzionale a tale problematica, resosi più volte protagonista di accesi dibattiti tra organi dello Stato ed esponenti politici, non c'è mai stato, o, volendo essere comprensivi, c'è stato ma non in maniera efficace o graffiante. Si pecca di ignoranza nel pensare che il grado di civilizzazione di una società sia basato solamente sulla crescita economica o sul livello del prodotto interno lordo, e non anche sul *modus operandi* delle istituzioni nei confronti del sistema carcerario. A maggior ragione quando si parla della salute di un individuo, l'attenzione deve essere massima poiché la malattia non si ferma ad aspettare i tempi della galera. Insomma fare in modo che non sia il carcere a trasformarsi in una sorta di nuova patologia che potremmo definire "carcenoma".

Il cd. ergastolo ostativo

Per "ergastolo" si intende il luogo fisico nel quale il condannato sconta le condanne classificate nel gergo burocratico carcerario con l'espressiva locuzione "*fine pena: mai*". Nell'antica Roma con il termine *ergastulum* si designava un campo di lavoro al quale venivano destinati gli schiavi puniti, che effettivamente non erano destinati a uscirne. Nell'ordinamento italiano l'ergastolo è codificato per alcuni delitti contro la personalità dello Stato, contro l'incolumità pubblica e contro la vita, cui si aggiungono i reati per cui era prevista la [pena di morte](#)³⁷. L'ergastolo è altresì imposto quando concorrono più delitti per ciascuno dei quali è concessa una pena non inferiore a 24 anni (art. 73 comma 2 c.p. "Concorso di reati che importano pene detentive temporanee o pene pecuniarie della stessa specie").

L'ergastolo è previsto dall'art. 22 del codice penale. La pena è a vita ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno³⁸. Oggi l'isolamento notturno non è più eseguito,

³⁷ La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita dall'art. 1, D.Lgs.Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, che ad essa ha sostituito la pena dell'ergastolo.

³⁸ L'art. 22 c.p. deve intendersi implicitamente modificato in parte, poiché l'art. 6 comma 2 della legge 26 luglio 1975 n° 354 dispone che "i locali destinati al pernottamento dei detenuti consistono in camere dotate di uno o più posti

mentre quello diurno rimane vigente. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.

Esistono due tipi di ergastolo: quello normale e quello ostativo. Il primo riconosce al condannato la possibilità di usufruire di permessi premio, semilibertà o liberazione condizionale.

Il secondo, invece, nega al detenuto ogni beneficio penitenziario, a meno che non sia un collaboratore di giustizia.

L'ergastolo ostativo è disciplinato dall'art.4 bis dell'Ordinamento Penitenziario con legge n. 356 del 1992, che introduce nel sistema di esecuzione delle pene detentive una sorta di doppio binario: per alcuni delitti ritenuti di particolare allarme sociale, il legislatore ha previsto un regime speciale, che prevede che molti ergastolani non possono godere di alcun beneficio penitenziario e di fatto sono condannati a morire in carcere. Ostativo è lo status particolare di quei detenuti che si trovano ristretti in carcere a causa di particolari reati classificati efferati dall'ordinamento giuridico.

L'art. 416 bis c.p. "Associazioni di tipo mafioso anche straniere", l'art. 630 c.p. "Sequestro di persona a scopo di estorsione", l'art. 74 Legge 309/90 "Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope", ecc. ostacolano la concessione dei benefici previsti dalla legge 26 Luglio 1975 n.354, ad esempio: assegnazione lavoro all'esterno; permessi premio; misure alternative alla detenzione; affidamento in prova, detenzione domiciliare, ecc. L'ergastolo ostativo è stato definito come *"La Pena di Morte Viva"*: *"...che solo in Italia, in nessun altro Paese in Europa, esiste la pena dell'ergastolo ostativo, una pena che non finirà mai se non collabori con la giustizia o se al tuo posto non ci metti qualche altro. È da tanti anni che parlo e scrivo che la pena dell'ergastolo ostativo è peggio, più dolorosa è più lunga della pena di morte, che è una pena di morte al rallentatore, che ti ammazza, lasciandoti vivo, tutti i giorni sempre un po' di più, che in Italia ci sono giovani ergastolani che al momento del loro arresto erano adolescenti, che invecchieranno e moriranno in carcere, che la pena dell'ergastolo va contro la legge di Dio e degli uomini, contro l'art. 27 della Costituzione, che dice "Le pene devono tendere alla rieducazione e alla Convenzione della Corte europea."*

Una riflessione sull'ergastolo forse bisognerà pure farla, perché l'ergastolo, è vero che ha all'interno dell'Ordinamento dei correttivi possibili, con le misure come la liberazione condizionale e altro, ma ci sono moltissimi detenuti oggi in Italia che, condannati all'ergastolo, tutti per reati ostativi, sono praticamen-

senza distinguere la pena da eseguire"

te persone condannate a morire in carcere.

Anche su questo, forse, una qualche iniziativa cauta di apertura credo che vada presa, perché non possiamo, in un sistema costituzionale che prevede la rieducazione, che prevede il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, lasciare questa pena perpetua, che per certe categorie di autori di reato è assolutamente certa, nel senso che non ci sono spazi possibili per diverse vie di uscita.³⁹

La pena dell'ergastolo ostativo è in contrasto con l'art.27 della Costituzione della Repubblica Italiana, che recita:

“La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte”.

L'art. 27 dunque sancisce che “non è ammessa la pena di morte”, ma ciò va contro alla natura stessa dell'ergastolo ostativo che è una “pena di morte viva”.

Infine, un imputato, che oppone ricorso contro una sentenza di condanna, non può essere considerato colpevole fino alla pronuncia della sentenza definitiva sulla stessa imputazione: questo principio, affermato già da Montesquieu e presente anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha trovato piena attuazione solo col codice di procedura penale del 1989.

Il regime ex art. 41-bis: tra necessità di sicurezza e diritti individuali

L'ordinamento penitenziario, seppur ispirato ai più alti principi di civiltà giuridica, prevede il cd. “carcere duro” per i detenuti ritenuti pericolosi in quanto autori di efferati delitti quali i reati associativi di tipo mafioso, la tratta di esseri umani, il traffico di stupefacenti. Si tratta dell'art. 41-bis 2° comma O.P.⁴⁰ Il Ministro della Giustizia, con decreto motivato, ha il potere di sospendere totalmente o in parte, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, la normale applicazione delle regole dettate dall'ordinamento penitenziario. È una sospensione *in peius* che dispiega i suoi effetti sulla sfera dei diritti di cui

³⁹ Roma 28 maggio 2010, intervento al Convegno Carceri 2010: il limite penale ed il senso di umanità, citato nella rivista *Ristretti Orizzonti* anno 12, numero 3 Maggio-Giugno 2010, pag. 34.

⁴⁰ Comma introdotto dalla l. 356/1992

godono i detenuti all'interno del penitenziario, come ad esempio: il diritto a partecipare alle attività sportive e di socialità sotto la supervisione degli educatori; la riduzione delle possibilità di avere contatti con soggetti esterni al carcere; la collocazione in celle ed aree dell'istituto di pena diverse e separate da quelle dei detenuti "comuni"; la drastica riduzione delle ore all'aperto; la possibilità di cuocere cibi all'interno della propria camera detentiva.

Questo regime, duro e rigoroso, rappresenta la risposta che il Legislatore ha dato alle stragi del 1992 compiute dalla criminalità organizzata. Da questo momento in avanti il regime ex 41-bis inizia ad essere applicato come strumento d'elezione per la lotta alla mafia con l'obiettivo principale di recidere i legami tra il detenuto e gli affiliati liberi, ma cercando anche di indurre il destinatario del provvedimento sospensivo a collaborare con la giustizia.

Il regime differenziato in questione è stato da subito oggetto di forti perplessità da parte della dottrina. Si sottolineava la formulazione troppo generica dei presupposti "gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica" in base ai quali il Ministro veniva legittimato ad adottare il provvedimento sospensivo. Si contestava l'opinione prevalente, secondo la quale, con il termine "sicurezza pubblica" si indicavano tutte quelle situazioni, esterne al carcere, che destano elevato allarme sociale, accordando così al Ministro un margine di discrezionalità troppo ampio e riferibile ad una serie di situazioni potenzialmente infinite. Per questo motivo, altri, di contro, suggerivano di leggere la norma nel senso che la decisione dell'esecutivo doveva conseguire ad un problema di ordine e di sicurezza pubblica in qualche modo cagionato dai destinatari della misura, in virtù dell'esistenza di rapporti attuali tra questo e le organizzazioni criminose che operavano all'esterno. In seconda istanza si rilevava l'inesistenza di limiti legislativi posti ad argine della discrezionalità dell'esecutivo circa il contenuto del provvedimento. Quest'ultimo poteva così prevedere interventi particolarmente restrittivi, capaci, in virtù dell'emergenza, di incidere sulla sfera dei diritti fondamentali dei detenuti. La dottrina prevalente, in ogni caso, è sempre stata ferma nel proporre un'interpretazione del 2° comma dell'art. 41-bis costituzionalmente orientata e quindi ispirata ai principi dell'umanità della pena e della sua finalità rieducativa¹¹. Di conseguenza dovevano permanere in capo al destinatario tutta una serie di diritti fondamentali attinenti al rispetto della dignità ed integrità personale: la garanzia di un vitto decente, un vestiario decoroso, il diritto alla salute, il diritto di professare liberamente la propria fede, di leggere libri e periodici, il diritto alla difesa avendo colloqui con il

¹¹ Così l'art. 27, 3° comma, Cost.

proprio avvocato, diritto di mantenere i contatti con i familiari, pur con le necessarie cautele che prevenivano il rischio di una strumentalizzazione da parte del recluso. Ma non solo, si chiedeva con decisione un intervento del legislatore volto a garantire al detenuto la possibilità di impugnare il provvedimento ministeriale e di conseguenza azionare il controllo giurisdizionale, affinché il destinatario del decreto sospensivo non si venisse a trovare in una situazione di mera soggezione di fronte al potere dell'amministrazione.

Anche la giurisprudenza costituzionale non si è risparmiata nel volgere forti critiche al regime ex art. 41-bis 2° comma, sebbene, ed è un dato di fondamentale importanza, non ne abbia mai dichiarato l'illegittimità costituzionale. La maggior parte delle sentenze pronunciate dal 1993 ad oggi dalla Consulta sono interpretative di rigetto. Si può sostenere che la Corte, chiamata ad intervenire più volte sul tema, si sia sforzata di conciliare due opposte esigenze: da un lato, l'interesse a mantenere in vigore la misura sospensiva funzionale al recidere i collegamenti tra detenuto e ambiente criminale d'origine, quindi volta a prevenire la commissione di reati, dall'altro la necessità di fornire un'interpretazione conforme ai principi e alle garanzie costituzionali di una norma "certamente di non felice formulazione"⁴². La Corte ha fissato alcuni principi di ordine generale.

In primis la Corte ha affermato che il regime in esame è da ritenersi conforme ai parametri costituzionali, poiché le restrizioni cui esso dà luogo non incidono sul grado di privazione della libertà personale, ma si limitano a sospendere le sole regole trattamentali. Tuttavia il Ministro non può autorizzare trattamenti contrari al senso di umanità e deve dar conto dei motivi di un'eventuale deroga del trattamento rispetto alle finalità rieducative. Di conseguenza, assume ruolo centrale la motivazione, la quale deve essere puntuale per ciascuno dei detenuti cui il provvedimento si rivolge.

In secondo luogo, in accordo con la dottrina prevalente, la giurisprudenza ha confermato la prassi stabilitasi fin dal 1992 secondo la quale la sindacabilità dei provvedimenti ministeriali veniva attribuita alla competenza dei Tribunali di Sorveglianza⁴³, e ha sostenuto, ricorrendo all'analogia, che lo strumento più idoneo allo scopo fosse il reclamo, lo stesso utilizzato per i ricorsi contro i provvedimenti di sorveglianza speciale ex art. 14 O.P. La Consulta ha inoltre accordato alla Magistratura di sorveglianza la possibilità di effettuare il più ampio sindacato di legittimità sul contenuto delle singole restrizioni disposte⁴⁴.

⁴² Corte Cost. n° 349/93

⁴³ La Magistratura di sorveglianza è il giudice naturale per l'esecuzione della pena.

⁴⁴ In senso contrario la Corte di Cassazione (sent. 393/1995) la quale, fino al 1996, sosteneva che il controllo del

Ergo, il controllo dell'autorità giudiziaria doveva comprendere diversi profili: i presupposti in base ai quali si applicava il provvedimento sospensivo, il contenuto dello stesso e la sua conformità ai limiti imposti dalla legge e dalla Costituzione, e in ultima analisi la congruità delle misure in concreto disposte rispetto ai fini per i quali la legge consente all'amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario, con la diretta conseguenza di poter dichiarare il provvedimento parzialmente illegittimo⁴⁵.

Numerosi problemi si sono posti anche riguardo alla prassi della proroga. Al primo provvedimento sospensivo, che durava un anno, ne faceva seguito subito un altro e poi un altro ancora; si instaurava così una catena di provvedimenti speciali senza che fossero addotte a fondamento delle proroghe nuove o diverse motivazioni rispetto al primo provvedimento. La Corte Costituzionale con la sent. 376/97 ha fermamente precisato come ogni proroga del provvedimento sospensivo dovesse essere corredata da un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime miravano a prevenire, di conseguenza, non potevano ammettersi semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte.

In base alla legge del '92 il regime di cui al 2° comma dell'art. 41-bis doveva rimanere in vigore per soli 3 anni, invece di anno in anno, al permanere del fenomeno mafioso, il Parlamento provvedeva a prorogarne la vigenza, finché nel 2002 si decise di riformare l'istituto. La legge n. 279/02, dunque, ha fatto sì che il regime del cd. carcere duro diventasse norma del sistema penitenziario. Il tentativo posto in essere dal legislatore è stato quello di disciplinare la materia in modo da valorizzare gli aspetti di garanzia che permangono in capo all'individuo di fronte all'operato dell'amministrazione penitenziaria, per dimostrare altresì di avere recepito le indicazioni fornite dai giudici costituzionali. Sebbene da un lato il legislatore nel nuovo testo dell'art. 41-bis comma 2, mantiene caratteri di continuità con il precedente dettato normativo⁴⁶, dall'altro si è ritenuto necessario anche indicare quali siano i criteri e gli elementi che il Ministro della Giustizia debba assumere per l'emanazione del decreto di applicazione del regime differenziato. Infatti il Ministro della Giu-

giudice di sorveglianza dovesse limitarsi alla verifica della legittimità del provvedimento, cioè la sussistenza o meno dei vizi di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, e non potesse entrare nel merito accordato invece alla discrezionalità del ministro

⁴⁵ sent. Corte Cost. 351/1996

⁴⁶ ad es. i presupposti "gravi di ordine e sicurezza pubblica"

stizia prima di adottare il decreto motivato, deve coordinare la propria attività con quella della magistratura e della direzione nazionale antimafia⁴⁷. Sulla base delle informazioni raccolte deve poi dare conto nella motivazione del grado di pericolosità sociale espressa dal detenuto in rapporto ai legami dello stesso con la criminalità organizzata, al ruolo rivestito all'interno dell'organizzazione criminale e del nesso teleologico che lega le restrizioni imposte con le finalità specifiche dell'istituto. E ancora il Legislatore nella nuova norma, subordina l'applicazione del regime, non più solo, come avveniva prima, alla commissione di uno dei delitti indicati all'art. 4-bis 1° comma, ma richiede espressamente la presenza di "elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva", evitando in questo modo l'automatismo tra il titolo di reato oggetto di condanna o imputazione e l'applicazione di un regime carcerario differenziato.

Nonostante tale sforzo le ombre sulla costituzionalità del regime ex art. 41-bis non sono venute meno. La questione più spinosa si riferisce al sistema delle proroghe. Infatti il nuovo comma 2-bis ha stabilito che la proroga può essere disposta "nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno, purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali o eversive non sia venuta meno". Questa previsione ha subito provocato il disappunto della dottrina perché in tal modo gravava in capo al detenuto l'onere di provare l'assenza di contatti con la criminalità organizzata. Sul punto si è espressa la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 417 del 2004 che ribadisce ancora una volta quanto dichiarato nelle pronunce precedenti all'entrata in vigore della l. 279/2002, ossia il fatto che sta in capo all'amministrazione dimostrare, anche nei decreti di proroga, fornendo un'adeguata e congrua motivazione, la permanenza dei collegamenti interni ed esterni tra il detenuto e l'organizzazione criminale di origine. Semmai sarà il tribunale di sorveglianza a verificare in concreto, anche alla luce delle circostanze addotte dal detenuto, se gli elementi posti dall'amministrazione alla base del decreto di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale.

L'ultima modifica apportata al regime ex art. 41-bis risale al 2009. Con il cd.

⁴⁷ "i provvedimenti emessi ai sensi del comma 2 sono adottati con decreto motivato del Ministro della Giustizia sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice che procede ed acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione Nazionale Antimafia e gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze"

“pacchetto sicurezza”, il Governo ha inteso rispondere all’aggressione della criminalità diffusa e di quella organizzata. La l. 94/2009 interviene sul regime differenziato *in peius* di cui all’art. 41-bis con modifiche che tendono ad inasprire ancor di più la sospensione delle normali regole del trattamento penitenziario. Una novità importante attiene alla durata del decreto ministeriale che aumenta a 4 anni con la possibilità di prorogare il provvedimento di 2 anni in 2 anni. Al detenuto, inoltre non è più concessa la facoltà di proporre al Ministro la revoca anticipata del regime, bensì residua unicamente il reclamo dinanzi al Tribunale di sorveglianza, che diventa per tutti i ricorsi quello di Roma. Il Governo con la l. 94/2009, ha voluto, tra le altre cose, ridurre al minimo la discrezionalità del Ministro in ordine al contenuto di ogni singolo provvedimento adottato. Le restrizioni applicabili sono state ulteriormente tipizzate ed è andata così persa quella volontà di adeguare maggiormente il regime in questione alle esigenze di tutela dei diritti del detenuto. Le restrizioni più rigide e fisse e la minor facoltà di poterle modulare al caso concreto rischiano di far venir meno la natura di misura di prevenzione in favore di aspetti maggiormente afflittivi tanto da poter considerare il regime ex art. 41-bis come una “pena nella pena”.

Se si volge lo sguardo oltre i confini nazionali, si nota come fin dalla sua entrata in vigore il 2° comma dell’art. 41-bis O.P. è stato oggetto di numerosi ricorsi dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, organo sovranazionale che per ogni cittadino appartenente ad uno Stato firmatario della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (d’ora in avanti, Convenzione), rappresenta uno strumento prezioso e ulteriore, rispetto alle giurisdizioni nazionali, per ottenere giustizia. Da parte dei ricorrenti la speranza era, ed è tuttora, quella di far dichiarare dalla Corte di Strasburgo la contrarietà dell’art. 41-bis O.P. ad una serie di diritti convenzionali.

I profili trattati dalle varie decisioni dei giudici europei possono essere schematizzati come segue: in primo luogo, il quesito se il regime di sospensione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario sia, nella sua astratta previsione, o possa essere, nella sua concreta applicazione, in contrasto con l’art. 3 della Convenzione, il quale pone il divieto di sottoporre qualsiasi persona a tortura o a trattamenti disumani.

In secondo luogo, il quesito se il regime in analisi sia in se, o possa essere, nella sua concreta attuazione, in contrasto con il principio della tutela della libertà della vita privata e familiare e della corrispondenza sancito al comma primo dell’art. 8 Convenzione. Infine, se possa ritenersi violato l’art. 6 della Convenzione, che stabilisce il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Seguendo un ordine logico e di importanza la prima questione attiene al perché ed in quali eventuali limiti, si possa giustificare l'assoggettamento del condannato al regime di cui all'art. 41-bis rispetto a tutte quelle norme poste a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, della sua dignità e integrità fisica, psichica e morale.

La Corte, in varie sentenze, pone a premessa del suo ragionamento importanti considerazioni.

In primis evidenzia la circostanza che il regime differenziato in questione ha un'oggettiva ed effettiva giustificazione di tipo preventivo. A livello di astratta previsione, un regime penitenziario dai contenuti particolarmente restrittivi e rigorosi trova giustificazione di fronte alla forza espansiva ed aggressiva della criminalità organizzata. Peraltro, rileva la Corte, in numerosi Stati firmatari della Convenzione esistono regimi di massima sicurezza per i detenuti pericolosi⁴⁸. In secondo luogo, si afferma che la previsione all'art.41-bis il regime in questione, nella sua astratta previsione è conforme al principio di proporzionalità.

Infine, viene ribadita l'assolutezza del che il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti sancito all'art.3 CEDU è di carattere assoluto, ergo nessuna finalità, seppur alta, come può essere la lotta al terrorismo nazionale ed internazionale, la tutela dell'integrità dello Stato o la sicurezza pubblica consistente nell'attuare misure tese a prevenire un grave pericolo, può essere perseguita in violazione dell'art.3 CEDU. Ad esempio: presupponendo che il fenomeno della criminalità organizzata, in particolare quella di stampo mafioso, raggiunga in Italia la soglia di massimo allarme teorico, il relativo regime penitenziario deve mantenersi comunque e in ogni caso al di sotto della soglia di cui all'art. 3, in questi termini si esprime l'assolutezza del divieto. È avviso dei giudici di Strasburgo che il regime di sospensione delle ordinarie regole di trattamento previsto dall'ordinamento italiano per contrastare il fenomeno mafioso non sia, in se e sul piano dell'astratta previsione, in contrasto con i diritti umani fondamentali.

Queste premesse non permettono altresì di affermare la seguente logica: assunto che il regime ex art. 41-bis non è di per se contrario al dettato dell'art. 3 convenzione allora non è neanche lesivo dei diritti fondamentali.

È proprio in relazione all' applicazione al caso concreto che possono integrarsi inaccettabili violazioni dei medesimi diritti ed è su questo piano che la Corte verifica la conformità dell'attuazione del regime ex 41-bis al rispetto dei

⁴⁸ Sentenza Argenti vs Italia

diritti cd. “convenzionali”.

Infatti, si devono considerare, secondo la Corte, delle variabili. Da un lato la condizione del condannato, la cui età, sesso, stato di salute fisica o psichica può e deve essere valutata, in relazione agli effetti del regime⁴⁹. Dall’altro, i contenuti del regime e la sua durata.

Di qui la necessità stringente che l’autorità nazionale competente, nell’applicare il regime ex art. 41-bis, proceda ad una valutazione in concreto, caso per caso, circa gli effetti che il regime dispiega sulla singola persona. L’operazione svolta dall’autorità nazionale deve logicamente/obbligatoriamente saldarsi con il principio del trattamento individualizzato, cardine dell’Ordinamento Penitenziario italiano. In tal senso la Cedu nella famosa sentenza *Labita contro Italia* del 2000, pur ribadendo la non contrarietà del regime all’art. 3 della Convenzione, condanna il nostro paese perché, di fronte alle denunce di violenza e tortura subite da un detenuto al regime 41-bis, si è dimostrato indifferente e non si è attivato per aprire un’indagine che provvedesse agli adeguati accertamenti.

La Corte esamina, altresì, se le rigide restrizioni ai colloqui con i familiari⁵⁰ non possano integrare una violazione al diritto alla vita privata sancito dall’art. 8 1° comma CEDU. Con giurisprudenza costante la Corte di Strasburgo si è dimostrata particolarmente attenta alla natura del fenomeno della criminalità organizzata. Con grande lucidità e consapevolezza rileva la centralità che hanno i rapporti familiari all’interno delle varie organizzazioni di stampo mafioso, di conseguenza afferma la non contrarietà del regime ex art. 41-bis al comma 1° dell’art. 8 CEDU. Il regime in questione, dice la Corte, ha la precipua funzione di recidere i legami esistenti tra la persona interessata e il suo ambiente criminale di origine, tende, quindi, a ridurre al minimo il rischio dell’utilizzazione dei contatti personali di tali detenuti con le strutture delle organizzazioni criminali alle quali erano legati. Le restrizioni ai colloqui con familiari, conviventi e terzi liberi trovano giustificazione nell’esigenza di indebolire l’organizzazione criminale, sono necessarie in una società democratica e sono, altresì, proporzionate agli scopi legittimi perseguiti. È su un altro fronte che si possono configurare violazioni dell’art. 8 cedu., ossia nei casi di misure di controllo della corrispondenza. La Costituzione italiana, infatti, all’art. 15 sancisce un diritto fondamentale della persona: la libertà e la segretezza della

⁴⁹ Sentenza *Irlanda/Regno Unito* del 18 gennaio 1978, richiamata come punto di riferimento in molte altre sentenze: *Argenti vs Italia*, *Viola vs Italia*, *Zara vs Italia*.

⁵⁰ Il numero di colloqui consentiti con familiari e conviventi è variabile da 1 a 2 al mese, avvengono senza possibilità di contatto fisico e le conversazioni vengono registrate.

corrispondenza. Le eventuali limitazioni devono essere disposte con atto motivato solo dall'autorità giudiziaria e devono rispettare i limiti posti dalla legge. Fino all'entrata in vigore della l. 95/2004 recante "Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti", la cornice di garanzia posta dal Legislatore era troppo ampia e indeterminata. Infatti le limitazioni all'esercizio del diritto, come il veto di censura in entrata e in uscita, non erano corredate da indicazioni precise circa le modalità e la durata del controllo e troppo spesso non venivano disposti dal magistrato di sorveglianza, bensì dal provvedimento sospensivo del ministro. Come più volte ha sottolineato la CEDU, il principio di legalità non soddisfa le esigenze di garanzia se opera solo su un piano formale, vi è la necessità che la dichiarazione di un diritto trovi applicazione anche sul piano sostanziale e che ogni organo rispetti le proprie competenze. Di conseguenza le doglianze dei ricorrenti sono state accolte dichiarando la violazione da parte dell'Italia dell'art.8 cedu. Il Legislatore nazionale con la l.95/2004 ha recepito le censure della Corte europea e ha introdotto nell'ordinamento penitenziario l'art. 18-ter, norma che prevede quali siano i presupposti per applicare il veto di censura, a quali limitazioni temporali sia sottoposto il controllo e quali siano le modalità di emanazione dei provvedimenti. In ogni caso tutta la corrispondenza volta all'esercizio del diritto di difesa, quindi indirizzata ai propri difensori e agli organi giudiziari e internazionali non è suscettibile di limitazione alcuna⁵¹.

Molto più delicati sono i temi del diritto ad una difesa piena e il diritto all'effettiva tutela giurisdizionale protetti dagli artt. 6 e 13 della Convenzione. Il problema principale riguarda il ritardo con cui il Tribunale di Sorveglianza risponde al reclamo avverso al provvedimento del ministro o ad una sua proroga proposto dal detenuto sottoposto al regime ex art. 41-bis. Ovvero quando suddetto tribunale risponda ormai scaduto il termine⁵². La Corte di Cassazione, per molti anni, ha avallato la prassi dei Tribunali di Sorveglianza di non dichiararsi sul merito del reclamo qualora i termini per il ricorso fossero già scaduti.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in due importanti sentenze, *Ganci vs Italia* del 2003 e *Ospina-Vergas contro Italia* del 2004, ha condannato l'Italia per la violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione in quanto l'autorità giudiziaria non può mai sottrarsi dal decidere sul merito di un ricorso. Queste due decisioni hanno indotto ad un mutamento della giurisprudenza di Cassa-

⁵¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 19 gennaio - 3 febbraio 2010 - ric. n. 24950/06; *Montani c. Italia*

⁵² Fino al 2002 il termine era di 10 giorni, dal 2009 è aumentato a 20.

zione, la quale ora afferma l'esistenza di un interesse del detenuto ad ottenere una decisione, anche tardiva, sul proprio reclamo. In conclusione si realizza un dialogo costruttivo fra corti nazionali ed europee, volto a rafforzare i diritti fondamentali dei singoli.

Il regime differenziato ex art. 41-bis non è privo di ombre. È un regime complesso, rigido, eppure in qualche maniera necessitato dall'ordinamento stesso. È un istituto borderline, ossia vive e dispiega i suoi effetti ai limiti dei principi ispiratori la civiltà giuridica, non è quindi possibile esprimere un giudizio monolitico, inflessibile e assoluto. Per comprenderne appieno la natura non è consentito porsi da un punto di vista parziale: vi è l'interesse generale a che le organizzazioni criminali di stampo mafioso trovino quanto prima sciolte, soprattutto in questo momento di fortissima crisi economica e sociale, poiché le loro attività coartano le libertà dei cittadini, infettano l'economia creando una reale distorsione del mercato e del principio di concorrenza e generano timore e oppressione nella popolazione. Vi è altresì lo stesso interesse a che tutte quelle manifestazioni delittuose come il terrorismo, la tratta di esseri umani, il traffico di stupefacenti siano contrastate dallo Stato.

Tutte le situazioni suddette assumono nel contesto odierno una dimensione globale che va oltre il singolo stato, quindi di certo l'auspicio è che si ponga in essere una cooperazione internazionale più forte e integrata con l'utilizzo di adeguati e coerenti strumenti volti a contrastare i fenomeni criminali.

È anche vero però che non si può prescindere dal fatto che esistono i diritti fondamentali dell'uomo da rispettare, tutelare e rafforzare se si mira al fine di una società giusta. I diritti fondamentali, patrimonio di ogni persona, non possono per nessuna ragione essere violati o soccombere di fronte ad esigenze di sicurezza. Di conseguenza chiunque, anche il detenuto, è titolare di situazioni giuridiche soggettive inviolabili e incompressibili. Queste due esigenze devono trovare un punto di connessione ed equilibrio: il principio di proporzione deve guidare questo percorso, come ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale, che pure non si sono pronunciate in modo univoco nel rigetto di tale istituto.

Se si tiene a mente la complessità e l'importanza del contrasto a forme particolarmente pericolose di criminalità stupiscono le incertezze e lentezze del legislatore, che hanno portato a soluzioni precarie, non coordinate in modo armonico nel quadro normativo complessivo.

Come più volte ha sottolineato il Comitato per la prevenzione della tortura, qualunque soggiorno prolungato in cella (il 41bis ne prevede 22-23 ore su 24) comporta il rischio di alienazione psichica e quindi va saggiamente modulato.

In conclusione, è necessario tenere a mente che in capo allo Stato incombe un doppio obbligo di protezione: assicurare la sicurezza e la tranquillità ai propri abitanti, ma anche proteggere da vessazioni e violenze di chiunque si trovi sotto la sua custodia (quindi con libertà personale limitata), indipendentemente dalla gravità del reato commesso. La minaccia del Leviatano è sempre all'orizzonte e va esorcizzata con una vigile coscienza critica.