



26 GENNAIO 2022

Covid-19 e istituti penitenziari italiani:
una riflessione relativa alle misure
adottate e al loro impatto sui diritti dei
detenuti

di Giulia Vasino

Dottoressa di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate
Sapienza – Università di Roma

Covid-19 e istituti penitenziari italiani: una riflessione relativa alle misure adottate e al loro impatto sui diritti dei detenuti*

di Giulia Vasino

Dottoressa di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: Nel momento in cui il COVID-19 ha “bussato alle porte” delle carceri italiane, il fragile sistema penitenziario nazionale ha mostrato le sue più profonde debolezze. Partendo da tale condizione di diffusa vulnerabilità, il contributo aspira a ricostruire il quadro normativo emergenziale, tentando di valutare l'efficacia delle misure adottate e il loro impatto sui diritti fondamentali del detenuto. La riflessione intende altresì guardare oltre l'emergenza sanitaria e calarsi nella ordinarietà, interpretando tali interventi anche alla luce di alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia.

Abstract [En]: As covid-19 rips through the European countries, the fragile Italian penitentiary system reveals its deepest weaknesses. In this precarious scenario, severe precautionary measures have been promptly undertaken by the legislator to guarantee prisoners' fundamental right to health care. Taking the cue from this emergency response framework, it will be examined the effectiveness of these normative solutions and their impact on constitutional rights of prisoners. Also, the long-term impact of this exceptional approach will be highlighted, by comparing it to significant jurisprudential guidelines of the Constitutional Court concerning this matter.

Parole chiave: Carcere, covid-19, pena, diritto alla salute, sovraffollamento

Keywords: Detention institutions, pandemic, right to health, penal sanction, overcrowding

Sommario: 1. Introduzione. Il diritto alla salute del detenuto e l'impatto pandemico sugli istituti penitenziari italiani. 2. Le prime misure adottate per evitare la diffusione del contagio e il decreto “Cura Italia”. 3. La posizione della magistratura di sorveglianza e la valorizzazione della detenzione domiciliare “umanitaria”. 4. Gli aggravamenti procedurali e il meccanismo di “rivalutazione continua” introdotti dai decreti legge nn. 28 e 29 del 2020. 5. Osservazioni conclusive. Oltre la salute e l'emergenza: un quadro normativo in controtendenza rispetto all'evoluzione giurisprudenziale improntata alla “flessibilità” e all’“individualizzazione” del percorso trattamentale.

1. Introduzione. Il diritto alla salute del detenuto e l'impatto pandemico sugli istituti penitenziari italiani

Appare forse oramai superfluo ribadire come l'ordinamento costituzionale accordi a coloro che sono soggetti a privazione della libertà personale il medesimo grado di tutela della salute riconosciuto a ogni individuo. Questa equiparazione rappresenta la proiezione, *in primis*, della dichiarata “fondamentalità” che l'articolo 32 della Costituzione attribuisce a tale diritto nonché della composita connotazione positiva che esso ha assunto anche in forza di un'arricchente evoluzione interpretativa¹. Tale trasformazione in chiave

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ È nota, infatti, l'importanza della giurisprudenza del giudice delle leggi in quel percorso di progressivo ampliamento del significato attribuito al diritto alla salute all'interno dell'ordinamento costituzionale e sovranazionale. Questa

espansiva incontra la specifica cornice garantista, fondata sugli articoli 13 e 27 della Costituzione, che regola la condizione detentiva, dalla quale emerge, in particolare, che la pena non possa mai tradursi in «un trattamento contrario al senso di umanità» e debba sempre «tendere alla rieducazione del condannato» (articolo 27, terzo comma).

Com'è noto, anche in relazione alla posizione del ristretto si è rivelato determinante il supporto ermeneutico dell'organo di garanzia², capace di estrinsecare nel tempo i capisaldi e l'essenza delle previsioni costituzionali in materia. Si tratta di uno sviluppo complesso che confluisce nell'idea che, agli occhi dell'ordinamento costituzionale, radicato «sul primato della persona umana e dei suoi diritti», risulti estraneo uno *status detentionis* che «possa determinare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria»³.

evoluzione ha condotto nel tempo al superamento di un'accezione meramente negativa della salute, intesa come mera assenza di malattia, fino ad accogliere la valenza positiva di «condizione di benessere fisico e psicologico». Si veda, *ex multis*, la sentenza n. 37 del 1991 nella quale si riconosce la primarietà di tale diritto nonché la sua «coessenzialità» alla forma di Stato (cfr., in particolare, punto 3 del *Considerato in diritto*).

² Rappresenta un nodo giurisprudenziale cruciale di tale *iter* la celebre sentenza n. 349 del 1993 in cui la Corte afferma che «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (punto 4.2 del *Considerato in diritto*).

³ Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1999, punto 3.1 del *Considerato in diritto*. Con tale decisione la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà). Il giudice rimettente argomentava come la procedura di riesame dei reclami presentati dai detenuti avverso le decisioni dell'amministrazione penitenziaria fosse priva dei caratteri della giurisdizionalità, requisito che l'ordinamento esige qualora i provvedimenti incidano su un diritto costituzionalmente garantito (nel caso di specie si trattava di un provvedimento di trattenimento della stampa periodica proveniente dall'esterno, limitativo dunque del diritto garantito dall'articolo 21 Cost.). La sollevazione della questione si origina, dunque, dal presupposto che la norma determini un'indebita deroga a quel processo di «giurisdizionalizzazione» delle misure esecutive di natura penale che coinvolgono il magistrato di sorveglianza. Il richiamo all'articolo 69 del medesimo atto normativo è motivato dal fatto che lo stesso regoli le due ipotesi estremamente restrittive nelle quali il magistrato possa decidere, con ordinanza impugnabile soltanto per cassazione, secondo una procedura dotata di tutti i caratteri della giurisdizionalità disposta dall'articolo 14^{ter}. La Corte, dopo aver ripercorso la vocazione garantista che permea l'ordinamento giuridico e postula il pieno riconoscimento della soggettività di coloro che sono sottoposti a limitazione della libertà personale, ribadisce la correlazione fra tutela effettiva di un diritto e giurisdizionalità della procedura. Tale orientamento viene poi ripreso nella sentenza n. 341 del 2006 relativa ai crediti di lavoro del detenuto e all'inadeguatezza delle regole processuali che non assicurerebbero il contraddittorio, ledendo, dunque, la parità di trattamento fra il cittadino lavoratore e il detenuto. L'asserzione contenuta nella sentenza n. 26 del 1999 potrebbe risultare apparentemente superflua in uno Stato di diritto costituzionale fondato sul pilastro personalista ma è in realtà è frutto di un percorso giurisprudenziale e legislativo maturato relativamente tardi. Come osservato da Valerio Onida, il principio in base al quale un detenuto «subisce solo quelle limitazioni che sono intrinsecamente o strettamente necessarie per assicurare l'esecuzione della pena», costituiva un presupposto garantista non consolidato nella fase antecedente all'approvazione della legge sull'ordinamento penitenziario, un momento storico in cui l'assenza di una disciplina legislativa in materia poneva il detenuto alla mercé dei regolamenti penitenziari, all'oscuro, dunque, dell'imprescindibile garanzia della riserva di legge; a tal proposito si veda V. ONIDA, *Intervento*, in *I diritti dei detenuti e la Costituzione*, Atti del 41° Convegno Nazionale del Coordinamento enti e associazioni di volontariato penitenziario – SEAC, Roma 27-29 novembre 2008, Roma, Herald editore, 2009, p. 61 ss. Tuttavia, anche prima dell'entrata in vigore della legge del 1975 e dell'interpretazione giurisprudenziale volta a saldare la precettività dei principi costituzionali in materia, l'Autore, in occasione della pubblicazione della nota sentenza n. 72 del 1968 della Corte costituzionale, esprimeva considerazioni che andavano oltre il caso concreto - l'illegittimità di una disciplina regolamentare in un ambito concernente i diritti di libertà (nel caso specifico l'articolo 19), non giudicabile dall'organo di garanzia - postulando la necessità di una «conciliazione del rispetto dei diritti costituzionali con le «esigenze della vita carceraria», una priorità che si traduce nel

Alla luce di tali coordinate fondamentali, è possibile oggi escludere che ragioni o esigenze di carattere securitario connesse alla carcerazione giustifichino una *deminutio* della tutela della salute del ristretto⁴: non rientrano infatti in tale ipotesi le specifiche misure a carattere precauzionale che possono accompagnare l'erogazione delle prestazioni sanitarie a favore del recluso⁵. Più nel dettaglio, tale diritto di cui il detenuto è titolare sfuggirebbe, dunque, a qualsiasi pretesa di bilanciamento poiché estraneo alla sfera del trattamento rieducativo né strumentale a quest'ultimo⁶. Un'adeguata condizione psicofisica costituirebbe, semmai, la premessa imprescindibile per lo svolgimento di un valido percorso di risocializzazione⁷.

La carica garantistica che si irradia dall'articolo 32 ha dunque permeato la legge sull'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975, introducendo delle prescrizioni specificamente dedicate alla tutela della salute di colui che è privato della libertà personale in quanto sottoposto ad esecuzione penale⁸. Inoltre,

più generale principio, ampiamente richiamato dal rimettente nell'ordinanza di rinvio, secondo cui «al cittadino detenuto non possono essere negati i diritti relativi alle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione (...)», in V. ONIDA, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. Cost.*, 1968, p. 1046.

⁴ M. CAREDDA, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria*, in S. TALINI- M. RUOTOLO (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 133. Sul punto si veda, altresì, il Documento finale dei lavori della Commissione ministeriale per le questioni penitenziarie "Palma", presentata in data 25-11-2013, p. 18.

⁵ Cfr. M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità, in onore di Valerio Onida*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011 sottolinea, infatti, che «se la prospettiva imposta dalla Costituzione è quella per cui il detenuto deve godere degli stessi diritti delle persone libere (...) una diversa – spesso meno garantistica – forma di tutela dovrebbe trovare giustificazione nella peculiarità della situazione detentiva» (p. 7).

⁶ Come si deduce, d'altronde, dal mancato inserimento della salute fra gli elementi positivi del trattamento individuati dall'articolo 15 della legge sull'ordinamento penitenziario.

⁷ È da rifiutare dunque l'idea che tale diritto fondamentale, e la stessa modalità organizzativa con la quale esso viene soddisfatto, possano sfuggire alla sfera del trattamento sanzionatorio e alle sue finalità rieducative: bisognerebbe implicare che la cura della malattia o la prevenzione della stessa assumano una connotazione negativa mentre, a tutta evidenza, la garanzia della salute prescinde anche dal livello di avanzamento del percorso trattamento, cfr. B. GUALCO, *Ordinamento penitenziario e assistenza sanitaria*, in *Noos*, Vol. 12, Gennaio 2010, p. 9 ss.

⁸ Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 11 o.p. che definisce le modalità generali attraverso le quali il servizio sanitario nazionale opera all'interno degli istituti detentivi nonché, più specificamente, agli articoli 5 e seguenti che attengono alla salubrità e idoneità degli ambienti e dei locali di soggiorno e pernottamento, alla disponibilità di servizi igienici, alla buona conservazione e pulizia del vestiario e, più nello specifico, all'igiene personale (articolo 8). Tali previsioni vanno lette congiuntamente alle disposizioni regolamentari di cui al d.p.r. n. 230 del 2000, in particolare agli articoli da 17 a 20. Sono da menzionare, infine, le recenti modifiche introdotte all'articolo 11 dal d.lgs. n. 123 del 2018 adottato in attuazione della legge delega n. 103 del 2017 in materia di assistenza sanitaria. Con riferimento all'attuazione dei criteri attinenti all'ambito sanitario individuati dal Parlamento, è da segnalare il pieno adeguamento dell'organizzazione del servizio alle previsioni individuate dal summenzionato d.lgs. n. 230 del 1999 aspirante a realizzare compiutamente la piena parità fra detenuti e cittadini in condizione di libertà. In particolare, emerge l'introduzione di una "Carta dei servizi" che l'azienda sanitaria locale deve mettere a disposizione dei detenuti (art. 11, comma 3) nonché le importanti novità introdotte in materia di "prima visita" e continuità del trattamento terapeutico (art. 11, comma 7). Non può tuttavia essere omessa l'allarmante mancanza derivante dall'inattuazione del criterio prescrivente un rafforzamento dell'assistenza psichiatrica all'interno degli istituti penitenziari. Accanto a tale criticità appare poi di difficile comprensione la scelta del legislatore delegato di eliminare il riferimento al servizio psichiatrico già esistente, una soluzione normativa che non solo rappresenterebbe un regresso sotto il profilo della evoluzione normativa, proiettata verso la valorizzazione della cura del disagio psichico del detenuto ma, procedendo in senso diametralmente opposto alle direttive della l. 103 del 2017, appare altresì configurarsi come una forma di eccesso di delega. Per un approfondimento di tale aspetto e degli elementi più importanti introdotti dai decreti legislativi nn. 123 e 124 del 2018 si veda A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2018. Più in generale, per una visione della riforma del 2018 come

accanto alla vocazione assolutizzante emergente dal quadro normativo, è da sottolineare come il dettato costituzionale sia stato in grado di indirizzare l'azione legislativa anche verso la concretizzazione dell'universalità di tale diritto. È proprio a tale presupposto che deve esser ricondotta la riforma intrapresa a partire dal 1998 volta a includere pienamente la medicina penitenziaria nell'alveo del sistema sanitario nazionale, ponendo fine al regime di specialità della disciplina che fino a quel momento affidava la sua gestione all'Amministrazione penitenziaria⁹. Tale evoluzione, iniziata con la legge delega n. 419 del 1998 e conclusasi con il d.p.c.m. del 1 aprile del 2008¹⁰, rappresenta, almeno sotto il profilo ideale, il più tangibile tentativo operato dal legislatore di tradurre tale fine nel diritto positivo, progetto il quale, tuttavia, non ha potuto che scontrarsi con le gravi e sistematiche problematiche che ancora pervadono il panorama penitenziario italiano.

Sopra tutte non può non menzionarsi la situazione di diffuso e preoccupante sovraffollamento interno per la quale l'Italia, non appena un decennio fa, versava in una condizione di «accerchiamento» da parte delle autorità politiche e giudiziarie sovranazionali e, in particolare, da parte della Corte EDU¹¹. Quest'ultima, nel condannare lo Stato per la violazione dell'articolo 3 della Carta, non a caso ha ricorso al significativo strumento della sentenza pilota nella sentenza *Torreggiani*, denunciando la natura strutturale del *vulnus*¹². Sebbene i provvedimenti d'urgenza adottati nella fase più critica dell'emergenza carceraria

un'importante "occasione mancata" si veda M. RUOTOLO, *Introduzione*, in S. TALINI, M. RUOTOLO (a cura di), *Dopo la riforma*, cit., p. 3 ss.

⁹ V. P. GONNELLA, *La pena vista e decostruita attraverso la lente del diritto alla salute*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 69-70.

¹⁰ Si tratta infatti di un lungo percorso normativo che si è originato dalla sottrazione delle prime competenze in materia sanitaria al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e al Dipartimento di giustizia minorile fino alla totale attribuzione della titolarità alle Regioni e alle ASL, in accordo a quanto previsto dall'articolo 2 del d.p.c.m. del 2008 il quale, a sua volta, procede all'attuazione di quanto stabilito dalla legge finanziaria dello stesso anno agli articoli 283 e 284. Tale riforma risponde, a sua volta, a indicazioni europee: l'art. 40 delle Regole penitenziarie europee impone, infatti l'integrazione della politica sanitaria negli istituti penitenziari con la politica sanitaria nazionale (comma 1) nonché, più specificamente, che i detenuti debbano «avere accesso al servizio sanitario disponibile nel Paese senza discriminazione basata sulla loro posizione giuridica» (comma 2).

¹¹ Cfr. G. SORRENTI, *La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al "seguito" legislativo interno*, in *Consultaonline.org*, 2014, p. 1 ss., la quale propone un approfondimento del percorso giudiziale che ha condotto all'adozione di tale nota pronuncia pilota e un inquadramento del contesto normativo e giurisprudenziale dell'epoca.

¹² V. F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2013.

Appare opportuno precisare come tale decisione "spartiacque" adottata dal giudice di Strasburgo sia stata preceduta, com'è noto, dalla significativa decisione *Sulejmanovic c. Italia* del 2009, con la quale il collegio ha individuato nella inadeguatezza dello spazio materiale riservato al detenuto un elemento idoneo a determinare una violazione dell'articolo 3 della Convenzione, una lacuna strutturale reputata di per sé sufficiente a legittimare la condanna, senza la necessità di fornire ulteriori prove concernenti il conseguente danno di natura psichica o fisica cagionato all'individuo. Nonostante la rilevanza di tale presa di posizione del giudice sovranazionale, alla pronuncia non hanno fatto seguito gli auspicati interventi correttivi del legislatore nazionale.

abbiano prodotto risultati deflattivi tangibili¹³, è innegabile come essi si siano rivelati non risolutivi, non riuscendo a ostacolare la cronicizzazione di quel deprecabile eccesso di presenze¹⁴.

Questo fattore, unito a una permanente carenza di risorse, organico e strutture adeguate, non solo ha determinato un sensibile depotenziamento delle positive finalità perseguite dalla riforma ma ha contribuito al consolidamento di una situazione d'emergenza «a regime ordinario» che sottopone colui che è privato della libertà personale a una condizione di crescente vulnerabilità¹⁵.

Quando la “vera” emergenza globale ha bussato alle porte delle carceri italiane nel febbraio 2020, il decisore politico, conscio della preesistente precarietà e del rischio di implosione della realtà penitenziaria, ha agito con celerità, adottando provvedimenti a carattere straordinario. Partendo proprio da tale quadro normativo d'eccezione, il contributo propone una ricostruzione della gestione della crisi sanitaria causata dal COVID-19 all'interno delle strutture detentive, tentando di porre in luce l'efficacia di tali interventi legislativi nonché l'impatto di essi sui diritti fondamentali dei destinatari. Più specificatamente, si intende, da un lato, mettere in evidenza come tali misure, dietro il quale si cela un temperamento fra la salvaguardia della salute del detenuto e l'altrettanto rilevanti esigenze securitarie, si sia rivelato non sempre adeguato rispetto agli obiettivi di rapido decongestionamento che animavano il legislatore; e, dall'altro affermare come, sotto il profilo della tutela sostanziale, si possano individuare delle criticità nel bilanciamento sotteso alle soluzioni proposte, incongruenze normative in grado di rivelarsi lesive soprattutto per la posizione soggettiva di alcune categorie di reclusi.

¹³ Nell'immediatezza della crisi il legislatore d'urgenza ha adottato, infatti, il d.l. cd. “carceri” n. 78 del 2013 e, successivamente, il d.l. cd. “svuotacarceri”, n. 146 del 2013. In quel momento critico anche il giudice delle leggi ha svolto un ruolo importante, benché con la nota sentenza n. 279 del 2013 esso abbia deciso di rigettare la questione di costituzionalità avente sostanzialmente ad oggetto il problema del sovraffollamento carcerario. Con questa pronuncia di inammissibilità - considerata dal suo stesso redattore «un estremo atto di deferenza verso il legislatore e le autorità politiche» - l'organo di garanzia ha affidato alle valutazioni discrezionali dell'organo rappresentativo il compito di risolvere quel fenomeno patologico che affliggeva gli istituti penitenziari italiani, in G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, p. 5. Più specificamente, i rimettenti aspiravano ad una pronuncia che dichiarasse incostituzionale l'articolo 147 del codice penale nella parte in cui non prevede, fra le ipotesi in esso tassativamente indicate, che il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena possa disporsi anche nella circostanza in cui la detenzione debba essere scontata in condizioni contrarie al senso di umanità. A ben vedere, la soluzione prospettata dai giudici *a quibus* nasceva dalla convinzione che un rimedio preventivo di tal fatta rappresentasse la soluzione costituzionalmente vincolata idonea a risanare il grave *vulnus* riscontrato. La Corte, tuttavia, contesta il fatto che tale opzione possa rivelarsi «l'unico strumento di effettiva tutela in sede giurisdizionale» che le consenta di riportare «nell'alveo della legalità costituzionale l'esecuzione della pena». Infatti, proprio in forza della natura strutturale del problema e della delicatezza del bilanciamento fra i diritti, principi e finalità che si scontrano in tale ambito, il collegio evidenzia l'esistenza di differenti vie per porre fine al protrarsi di una situazione lesiva della dignità del detenuto, menzionando alcuni rimedi alternativi “interni” quali, ad esempio, lo spostamento del detenuto in un diverso istituto o in un'altra cella, cfr. M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2014, p. 6.

¹⁴ Infatti, come evidenziato dai dati ufficiali del Ministero della Giustizia, dopo un'iniziale riduzione delle presenze che aveva condotto a un calo da 67.961 (2010) a 53.982 (2015) di detenuti presenti nelle carceri italiane, la curva è tornata a salire: 55.400 presenze nel 2017, 59.655 nel 2018 fino a 61.230 nel febbraio 2020, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST250530&previousPage=mg_1_14#.

¹⁵ Così P. POMANTI, *La pena nell'emergenza o la pena dell'indifferenza?*, in *Archivio penale*, n. 1/2020, p. 2.

Al di là di tale ricognizione critica, l'obiettivo ultimo che la riflessione si prefigge è quello di guardare oltre l'emergenza, tracciando una linea di connessione fra la dimensione dell'"ordinarietà" e della "straordinarietà". Più chiaramente, nelle osservazioni conclusive si evidenzierà come il quadro normativo d'urgenza riproduca quelle incertezze e resistenze che da sempre albergano nella *mens* del legislatore penale, freni che – spesso – hanno ostacolato revisioni organiche della materia e che contribuiscono a perpetuare una regolamentazione che si pone oramai in contrasto, sotto alcuni profili, con i dettami posti dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale concernenti la natura e la rigidità degli automatismi sanzionatori. Al contempo, tuttavia, alcuni elementi innovativi che emergono nella legislazione emergenziale, seppur presenti a livello embrionale, offrono spunti normativi significativi per una più ampia riforma del sistema carcerario e, più specificatamente, della dimensione esecutiva della pena.

2. Le prime misure adottate per evitare la diffusione del contagio e il decreto "Cura Italia"

All'interno di uno scenario normativo complesso e caratterizzato da una fitta coltre di provvedimenti¹⁶, i primi rilevanti interventi posti in essere dalle forze politiche per evitare il dilagare dei contagi all'interno dei luoghi di detenzione sono stati il decreto legge n. 11 del 2020 e il d.p.c.m n. 11 dell'8 marzo del 2020¹⁷.

¹⁶ A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, p. 49 parla di una «panopia» di provvedimenti. Si è trattato di un "ipercinetismo" normativo che, com'è noto, non ha mancato di suscitare un sentito dibattito inerente all'impatto pandemico sui processi politico-democratici, si veda, *ex multis*, C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. 78 ss. Più in generale, al di là della realtà carceraria, il crescente avvicinarsi di provvedimenti governativi volti a far fronte all'emergenza sanitaria ha determinato sin dalle prime settimane un acceso confronto sulla "tenuta" del sistema delle fonti in presenza di condizioni straordinarie e, più specificatamente, sull'individuazione di un fondamento che potesse legittimare tali interventi così profondamente incidenti sulle libertà del singolo e della collettività, in assenza, in contrasto ad altre esperienze costituzionali, di una specifica disciplina dedicata alla regolazione delle situazioni emergenziali all'interno della nostra Carta fondamentale. Non senza diffuse perplessità si è fatto riferimento alla disciplina sub-costituzionale in materia di protezione civile (d.lgs. 1/2018) che consente al presidente del consiglio di adottare, in presenza di un'emergenza di rilievo nazionale, ordinanze in deroga alle disposizioni vigenti (art. 25), dopo l'emanazione della dichiarazione di stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri (art. 24). È da rilevare, comunque, come prima del ricorso al d.p.c.m. (il primo risale al 23 febbraio del 2020) i primi interventi adottati hanno assunto la forma di ordinanze del ministero della salute, agendo dunque sotto l'egida di un altro supporto normativo, quello offerto dall'art. 32 della legge 833 del 1978. Tale strumento è stato dunque determinante agli albori della pandemia, prima che il primo d.p.c.m. e il d.l. n. 6 del 2020 venissero approvati. Per un inquadramento delle misure adottate fra la fine di febbraio e la prima metà di marzo del 2020 si rimanda a M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 5 marzo 2020, p. 2 ss. Con riferimento alla soluzione del decreto legge, se il suo utilizzo è stato guardato positivamente, data la sua natura, il suo solido fondamento costituzionale nonché la sua procedura più garantista, in forza dell'intervento del Presidente della Repubblica, non si è mancato tuttavia di evidenziare le oggettive problematiche legate alla fase della conversione, date le difficoltà, soprattutto nella fase più acuta della crisi, per il Parlamento di riunirsi. Per una disamina più approfondita si rimanda a B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020 e L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020, p. 14 ss.

¹⁷ È da segnalare, comunque, come già negli ultimi giorni di febbraio, fra il 22 e il 26, in seguito alla scoperta di focolai in Veneto e Lombardia e alla contestuale istituzione di zone rosse, sono state emanate le prime circolari delle autorità penitenziarie stabilenti restrizioni relative all'ingresso di operatori e persone terze all'interno delle strutture penitenziarie collocate nei comuni delle zone rosse nonché la temporanea sospensione dei trasferimenti. A tali prescrizioni si aggiungono alcune misure in materia di prevenzione sanitaria per i primi ingressi contenute all'interno dei d.p.c.m. del

In primo luogo, con riferimento ai nuovi ingressi, l'articolo 2 (lett. u) del d.p.c.m. disponeva l'isolamento per i casi sintomatici e raccomandava di valutare la possibilità di concedere la detenzione domiciliare. In relazione agli accessi di terzi, il medesimo provvedimento disponeva che i colloqui avessero luogo in modalità video o telefonica, salvo in casi eccezionali in cui era possibile lo svolgimento in presenza, purché mediante l'utilizzo di precauzioni quale il mantenimento della distanza di almeno due metri. Risulta altresì significativa la previsione che invitava l'autorità giudiziaria competente a limitare i permessi e la libertà vigilata o a individuare un nuovo regime affinché si riducesse il flusso di uscita e ritorno negli istituti penitenziari, richiamando ancora una volta la necessità di valutare l'opportunità dell'esecuzione presso il domicilio.

Il decreto legge approvato il medesimo giorno riprende sostanzialmente l'impostazione di fondo del provvedimento governativo. Sotto il profilo organizzativo esso ribadisce infatti che, all'interno degli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni, i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati (art. 18 o.p.) avranno luogo esclusivamente da remoto fino alla data del 22 marzo 2020 (art. 2, comma 8). La modalità a distanza, mediante videoconferenza o altre tipologie di collegamento, viene inoltre estesa, ove possibile, alla partecipazione alle udienze per le persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare fino alla data del 31 maggio (art. 2, comma 7). In aggiunta, viene introdotta la possibilità per la magistratura di sorveglianza, dato l'esponentiale aggravamento della situazione pandemica, di sospendere la concessione dei permessi premio di cui all'articolo 30-ter della legge n. 354 del 1975 e del regime di semilibertà ai sensi dell'articolo 48 della medesima legge e del d.lgs. n. 121 del 2018 (articolo 2, comma 9).

Se, da un lato, gli atti sin qui esaminanti rappresentano, a tutta evidenza, misure animate dall'intento di procedere verso la medesima direzione, quella di edificare una barriera protettiva attorno ai luoghi di detenzione, dall'altro, essi configurano una disciplina in grado di incidere profondamente sulla condizione giuridica di soggetti vulnerabili¹⁸. Si trattava, inoltre, altrettanto chiaramente, di soluzioni individuate da un esecutivo "in affanno", poiché impossibilitato a congelare, data la rapida *escalation* epidemica, una strategia graduale di contenimento. Tale elemento fattuale, aggravato dalla difficoltà di assicurare effettivamente il distanziamento sociale in un contesto affetto da sovraffollamento, ha condotto a una

25 febbraio, 1 e 4 marzo rubricati "Ulteriori disposizioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19". Questi ultimi davano attuazione, a loro volta, alle previsioni introdotte dal d.l. n. 6 del 2020.

¹⁸ Cfr. R. DE VITO, *La gestione dell'emergenza sanitaria. Il punto di vista del magistrato*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., il quale argomenta criticamente come tale strategia si fondasse su un erroneo «sillogismo» per cui la realtà carceraria risulta un ambiente interno completamente isolato all'esterno e che tale strategia di contenimento potesse rivelarsi analoga a quella valevole per gli individui liberi (p. 111 ss.).

incisiva reazione della popolazione carceraria e all'esplosione di violente rivolte all'interno delle carceri italiane con un bilancio di 13 morti¹⁹.

Lo sconvolgimento prodotto da tali vicende ha avuto un ruolo determinante nell'accelerare l'entrata in vigore del decreto legge n. 18 del 17 marzo del 2020, cosiddetto "Cura-Italia". È quest'ultimo a presentare i primi significativi elementi di "opacità" sotto il profilo costituzionale, in forza della loro profonda incidenza sui diritti di alcune categorie dei detenuti, criticità che si sarebbero poi ripresentate, in veste differente, nelle soluzioni successive²⁰.

Oltre a riconfermare le previgenti restrizioni in merito ai colloqui, l'atto si è distinto per aver introdotto una modalità di accesso speciale alla detenzione domiciliare (art. 123) e per aver stabilito l'estensione delle licenze per i detenuti semiliberi fino al 30 giugno 2020, oltre il limite, dunque, dei 45 giorni annui imposti dall'articolo 52 o.p. (art. 124)²¹.

Con riferimento a quest'ultima previsione, è da segnalare positivamente la via mediante la quale viene perseguito lo scopo deflattivo: la deroga al limite temporale non solo ha consentito di bloccare in via provvisoria i flussi all'interno del carcere ma, più idealmente, risponde alla volontà di non interrompere i percorsi di socializzazione già iniziati mediante un procedimento semplificato e non gravoso per il giudice competente²².

Differentemente, la soluzione posta dall'articolo 123 non ha mancato di suscitare notevoli perplessità e riflessioni critiche. Benché rubricata "detenzione domiciliare", la previsione in esame ha modificato la disciplina stabilita dalla legge n. 199 del 2010 concernente l'esecuzione domiciliare della pena, un istituto introdotto nel momento più acuto del sovraffollamento carcerario il cui pregio è da rinvenirsi nell'automaticità applicativa²³. Esso stabilisce infatti che, in caso di pena detentiva non superiore a 18 mesi, qualora non sussistano i motivi ostativi individuati al medesimo articolo, il magistrato può disporre (*rectius* dispone) l'esecuzione della pena presso l'abitazione o un luogo privato o pubblico di cura, salvo

¹⁹ Le azioni violente hanno inoltre condotto al ferimento di 40 agenti penitenziari, alla devastazione di alcune strutture, quale quella di Modena, e hanno interessato circa il 10% della popolazione carceraria. Per una ricostruzione della vicenda v. G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare? Considerazioni a margine delle (e oltre) le rivolte*, in *Sistema penale*, 12 marzo 2020, par. 1. Si veda, altresì, l'intervento del Ministro della Giustizia Bonafede alla Camera dei deputati, XVIII legislatura, *Resoconto stenografico*, 11 marzo 2020.

²⁰ Si veda l'autorevole ricostruzione di S. TALINI, *I giorni dell'emergenza sanitaria. Ad un anno dalla diffusione del Covid-19*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 9 ss.

²¹ Si veda F. GIANFILIPPI, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario*, in *Giustizia insieme*, 18 marzo 2020.

²² A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, cit., pp. 64-65.

²³ Si tratta di una misura che differisce dalla detenzione domiciliare poiché introdotta nel periodo più critico del sovraffollamento – era stata infatti appena adottata la nota sentenza *Sulejmanovic* con la quale l'Italia è stata condannata per violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU - e immaginata originariamente come soluzione temporanea volta a dare "respiro" agli istituti penitenziari fino «alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013». L'auspicata riforma strutturale non si è, tuttavia, verificata e, per tale ragione, si è proceduto ad una "stabilizzazione" dell'istituto mediante l'approvazione del già citato decreto legge n. 146 del 2013 cd. *svuotacarceri*.

un previo accertamento della pericolosità del condannato. Trattandosi, appunto, di una modalità speciale di esecuzione della pena motivata da un'esigenza di celere decongestionamento di istituti allora al "tracollo", tale via consente di procedere oltre le valutazioni del giudice inerenti la meritevolezza del provvedimento proprio delle misure alternative alla detenzione *ex art. 47-ter o.p.*²⁴. È da notare, quindi, come il legislatore d'urgenza del marzo del 2020, costretto ancora una volta a scontrarsi con una circostanza emergenziale, abbia opportunamente individuato la sede più idonea dell'intervento straordinario nell'esecuzione domiciliare, introducendo un ulteriore snellimento della procedura e eliminando l'ultimo elemento di discrezionalità del giudice, quello riguardante il giudizio di pericolosità²⁵. Racchiusa nell'impostazione del decreto "Cura Italia" risiede, dunque, una velleità di bilanciamento in cui la sicurezza pubblica appare ridimensionata in presenza dell'esigenza di tutelare la salute individuale e collettiva. Nonostante ciò, permangono delle ipotesi ostative, indicate tassativamente dallo stesso articolo, che escludono la concessione della detenzione domiciliare per alcune categorie di detenuti, e che, oltre a riprendere le preclusioni già individuate nella legge n. 199, ne aggiungono ulteriori.

Fra i soggetti per i quali continua a vigere un ostacolo assoluto vengono puntualmente individuati: 1) coloro che sono stati condannati per reati di cui al 4-*bis* o.p., cui si aggiungono i condannati per maltrattamenti e *stalking* *ex artt. 572 e 612-bis c.p.*; 2) i cosiddetti delinquenti abituali, professionali o per tendenza; 3) i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare; 4) i detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo. A tali macro-gruppi vengono affiancati coloro nei confronti dei quali è stato emesso un rapporto disciplinare per grave condotta intramuraria fra i quali rientrano, ovviamente, anche i detenuti coinvolti nelle gravi rivolte di marzo 2020.

²⁴ Sebbene la natura dei due istituti sia profondamente differente, essi hanno subito nel tempo un'anomala sovrapposizione in sede applicativa. Infatti la esecuzione domiciliare consiste, appunto, in una forma peculiare di esecuzione della pena motivata da ragioni strutturali e organizzative che si fonda su presupposti differenti e quindi non esige valutazioni inerenti la condotta, non trattandosi di un beneficio penitenziario. Più chiaramente, qualora ricorrano le condizioni individuate dalla legge, la misura deve essere concessa in automatico. Tuttavia, dopo una prima fase in cui la magistratura di sorveglianza pareva esser consapevole della peculiare natura intrinseca della misura, si è poi proceduto ad un approccio differente che contemplava lo svolgimento di valutazioni circa il comportamento del ristretto, verifiche che hanno prodotto un erroneo scivolamento di tale ipotesi all'interno della più ampia categoria delle misure alternative *ex art. 47-ter o.p.*, uno sviluppo in contrasto con la *ratio* di fondo dell'intervento che ha determinato un allungamento delle procedure. Si veda, a tal proposito, la ricca ricostruzione di C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, in *Diritto penale e uomo*, n. 4/2020, p. 11 ss.

²⁵ Come si legge nella relazione illustrativa del d.l. n. 18 del 2020, «l'eliminazione della relazione sul complessivo comportamento tenuto dal condannato durante la detenzione è dovuta alla necessità di semplificare gli incumbenti, ma anche alla considerazione che gli unici elementi rilevanti (che infatti devono essere comunicati al magistrato di sorveglianza, al quale rimarrà solo la valutazione dei gravi motivi ostativi) sono quelli indicati come preclusivi nel comma 1, tra i quali vi sono anche aspetti rilevanti circa il comportamento tenuto in carcere». Permane tuttavia un ultimo spiraglio di discrezionalità che consiste nella possibilità per il giudice di valutare la sussistenza di ulteriori "gravi motivi ostativi", una formula di ardua decifrazione, data l'ampiezza e l'eterogeneità di ragioni ostative individuate al primo comma dell'articolo 123; M. PASSIONE, *"Cura Italia" e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza*, in *Questione giustizia*, 19 marzo 2020 definisce tale formulazione «incomprensibile».

Ad un'analisi sinottica, la promettente soluzione dell'agevolazione della detenzione domiciliare (in senso atecnico, come evidenziato) appare essere minata nella sua traduzione concreta da una limitata logicità interna. Le preclusioni assolute introdotte dalla norma esprimerebbero una rigidità normativa che appare in stridente controtendenza con l'evoluzione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale in materia, proiettata verso la valorizzazione di una logica di flessibilità, e in contrasto con la previsione di limitazioni assolute fondate esclusivamente sul titolo di reato²⁶. In questo caso specifico, infatti, a risultare contestabile non è in sé la potenziale barriera normativa ad un rimodellamento della pena quanto uno sbarramento a qualsiasi forma di bilanciamento in concreto fra salute e sicurezza qualora la richiesta provenga da un individuo appartenente alle categorie sopra-individuate. La posizione di preminenza attribuita al diritto alla salute non implica che quest'ultimo debba sempre risultare preminente, tuttavia, la sua intrinseca connessione con lo sviluppo della personalità individuale risulterebbe incompatibile con preclusioni in astratto che sbarrano *a priori* una verifica giudiziale, ostacolo che appare tanto più grave in un contesto pandemico²⁷.

Tale incongruenza nella strutturazione della disposizione emerge altresì da una valutazione delle preclusioni nella loro totalità. Difatti, se coloro che si sono macchiati di delitti previsti al 4-*bis* o.p. sono comunemente associati alla pericolosità sociale²⁸, con riferimento alle figure individuate successivamente alle lettere f) e e) colpisce, in primo luogo, l'introduzione di una limitazione soggettiva fondata esclusivamente sulle condizioni economiche e sociali del detenuto. Se, da un lato, l'assenza di un alloggio idoneo appare una motivazione dotata di una propria valenza pratica, dall'altro, ad uno sguardo più approfondito, essa si rivela una limitazione in grado di determinare un rovesciamento della logica insita nell'articolo 3 comma 2 della Costituzione: proprio coloro che versano in condizioni di maggior vulnerabilità si confrontano con un ostacolo assoluto potendo difficilmente avere accesso, in un contesto "blindato", presso strutture di accoglienza pubbliche o private²⁹. Inoltre, la preclusione fondata sulla condotta sembra porsi come un vincolo manifestante un'attitudine punitiva o che comunque si fa implicita testimone di una *ratio* – quella implicante l'indispensabile valutazione della condotta del condannato – che contrasta con la stessa logica della esecuzione domiciliare e che per giunta non consente valutazioni nel caso concreto.

²⁶ V. *infra* § 5.

²⁷ S. TALINI, *I giorni dell'emergenza sanitaria*, cit., pp. 15-16.

²⁸ Per una disamina della natura dell'articolo 4-*bis* o.p. e della "rivoluzione" che esso e le sue modifiche hanno comportato per la disciplina dell'ordinamento penitenziario cfr., tra i molti, C. CESARI-G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, in V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV ed., Padova, 2011; cfr. anche L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 397 ss.

²⁹ Si veda, A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 64 ss.

D'altra parte, anche da un raffronto esterno, basato cioè sul contesto normativo in cui la deroga si inserisce, la misura appare affetta da profili di irrazionalità. La novella introduce infatti condizioni più restrittive rispetto a una legislazione a carattere emergenziale che già si poneva nell'ottica di una maggior valorizzazione della via alternativa alla detenzione. Non si comprende come, a maggior ragione in una situazione in cui la grave condizione delle carceri italiane incontra l'emergenza pandemica, il legislatore non si premuri di allargare requisiti preesistenti, quale quello temporale, ed estenda, al contrario, il novero delle cause ostative³⁰.

Tale via normativa si è posta, inoltre, in evidente controtendenza anche rispetto alle indicazioni fornite dalle autorità sovranazionali all'acuirsi dell'epidemia. Pochi giorni dopo la pubblicazione delle linee guida dell'OMS del 15 marzo del 2020³¹, il Comitato europeo per la prevenzione della Tortura (CPT) ha elaborato una serie di Raccomandazioni (*Statements of Principles*) attraverso le quali, ponendo l'accento sull'articolo 3 della Convenzione e sulla peculiare condizione di vulnerabilità del soggetto detenuto, invitava gli Stati europei all'ampio ricorso a misure extramurarie, anche con riferimento alla detenzione *anteiudicium*³². Emerge, più nello specifico, come la regola di base debba essere quella di porre in essere «ogni possibile misura per la protezione della salute e della sicurezza di tutte le persone private della libertà personale»³³ e che ogni decisione più restrittiva adottata nei confronti delle persone private della libertà debba avere un fondamento legislativo e rispettare «i criteri di necessità, proporzionalità, rispetto della dignità umana e limitazione temporale»³⁴.

³⁰ Cfr. E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto 'Cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020, par. 3.1. i quali auspicavano come, in sede di conversione, il requisito dei 18 mesi venisse esteso fino a 24 anni nonché si prendesse in esame anche di adottare soluzioni *ad hoc* per coloro che si trovano in condizione in custodia cautelare, rappresentanti un terzo della popolazione carceraria. I due autori osservano infatti come, benché si tratti di soggetti «nei confronti delle quali è stata compiuta da un giudice una valutazione circa la sussistenza di esigenze cautelari, e in particolare dell'inadeguatezza di misure diverse, compresi gli arresti domiciliari (...), non può non riconoscersi che quando quella valutazione è stata compiuta non erano presenti le attuali straordinarie condizioni di pericolo per la salute collettiva». In termini più generali affronta la questione G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2020, il quale parla di un decreto di cui «si deve apprezzare la direzione, ma non si può non sottolinearne l'assoluta inadeguatezza».

³¹ *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prison and other places of detention*, disponibile a <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention,-15-march-2020-produced-by-whoeurope>

³² Si veda, in particolare, il principio n. 5 degli *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (Covid-19) pandemic*, disponibile a <https://www.coe.int/en/web/cpt/-/covid-19-council-of-europe-anti-torture-committee-issues-statement-of-principles-relating-to-the-treatment-of-persons-deprived-of-their-liberty->. Per un commento di carattere generale si vedano le considerazioni a caldo di G.L. GATTA, *Coronavirus e persone private della libertà: l'Europa ci guarda. Le raccomandazioni del CPT del Consiglio d'Europa*, in *Sistema penale*, 21 marzo 2020.

³³ *Principle n. 1.*

³⁴ *Principle n. 4.* È da segnalare altresì l'appello della commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa Dunja Mijatović la quale esortava gli Stati membri a «utilizzare ogni possibile alternativa alla detenzione» poiché tale strategia è «necessaria e tassativa in situazioni di sovraffollamento e ancor più nel contesto di un'emergenza», invitando a far urgente uso delle misure alternative alla detenzione «senza discriminazione alcuna», disponibile in

In conclusione, il decreto “Cura Italia” ha fissato degli obiettivi che si ponevano in linea di coerenza con le indicazioni delle autorità sanitarie e che, sul piano ideale, esprimevano coscienza del fatto che l’inedita situazione emergenziale dovesse essere interpretata oltre l’ottica della contingenza e calata nella fragilità del contesto detentivo nazionale. Tuttavia, esse si rivelano affette da una debolezza strutturale. Sotto il piano della limitazione del flusso “in entrata” lo strumento favorevole del permesso premio non può compensare l’assenza di misure *ad hoc* per i nuovi detenuti, per i quali non rimane che far affidamento alla eventuale sospensione dell’ordine di carcerazione previsto dall’art. 1 della legge 199 del 2010. Con riferimento al flusso “in uscita” le preclusioni assolute e incongruenze strutturali, oltre a presentare i summenzionati profili di criticità relativi al bilanciamento fra i diritti coinvolti, si sono rivelate quindi insufficienti a supportare l’immediato scopo deflattivo necessario in quel momento storico.

3. La posizione della magistratura di sorveglianza e la valorizzazione della detenzione domiciliare “umanitaria”

Nelle crescenti difficoltà di quel momento straordinario, all’interno del quale il procedere dei contagi sovrastava le lungaggini delle *querelle* politico-giuridiche, non sorprende come l’autorità giudiziaria competente abbia rivolto lo sguardo addietro, facendo appello a strumenti normativi noti. In tale situazione ha funto da rilevante faro ermeneutico la nota del Procuratore generale della Corte di Cassazione Salvi diffusa il primo aprile 2020. Sebbene il documento si auto-qualifichi come una mera serie di riflessioni utili volte a promuovere un terreno di azione comune, esso si sostanzia in significative linee guida che auspicano un’interpretazione costituzionalmente orientata e «adeguata al caso di emergenza» della normativa penitenziaria vigente³⁵. Nel documento si ribadisce come, con riferimento alle ipotesi che eccedono la sfera della pericolosità sociale e la necessaria eccezione relativa ai delitti rientranti nel codice rosso, appare opportuno un massiccio ricorso alle misure alternative, mediante l’ausilio dell’interpretazione analogica. Tale approccio estensivo appare particolarmente necessario con riferimento alle soluzioni individuate dagli articoli 123 e 124 del d.l. n. 18, reputati insufficienti ad

<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe>; si noti, inoltre, come lo stesso *European Committee for the Prevention of Torture and of Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* avesse da poco pubblicato (gennaio 2020) un ricco report in seguito a una visita obbligatoria presso le carceri italiane di Viterbo, Biella, Milano Opera e Saluzzo ai fini di verificare le condizioni degli internati, specialmente quelli sottoposti a regime detentivo speciale. All’interno del resoconto emerge ancora una volta la profonda inadeguatezza strutturale delle carceri italiane dovuta al problema del sovraffollamento e un preoccupante dilagare di violenze e di maltrattamenti, nonché l’incremento di un disagio fra i detenuti dovuto anche alle recenti chiusure degli Ospedali psichiatrici giudiziari e della limitata disponibilità presso i REMS. Sul punto si veda la lettura interpretativa di C. PAGELLA, *Le carceri italiane sotto la lente del Consiglio d’Europa: il report del CPT sulle visite*, in *Sistema penale*, 11 febbraio 2020.

³⁵ Nota della procura generale della Corte di Cassazione, 1 aprile 2020, p. 16.

assicurare risultati deflattivi utili nel breve periodo³⁶. In merito a quest'ultime, infatti, si raccomanda la valutazione di meccanismi più celeri, quale quella dell'affidamento in prova (*ex art. 47 o.p.*)³⁷.

Ad ogni modo, al di là delle indicazioni puntuali, ciò che emerge dal documento è un'opposizione ad una cristallizzazione di criteri astratti. Se, infatti, è innegabile che situazioni emergenziali esigano una rapidità decisoria che si giova della prefigurazione di automatismi normativi, date le difficoltà oggettive nel procedere ad una valutazione caso per caso, l'indirizzo tracciato si fa tuttavia sostenitore di un'azione improntata alla elasticità applicativa, direttiva che affonda le sue radici e trova legittimazione nel principio fondante per cui il carcere, anche in tempi ordinari, dovrebbe assumere la funzione di *extrema ratio*³⁸.

È alla luce di tale orientamento che deve essere letta la scelta della magistratura di sorveglianza di far ricorso, ad esempio, alla stessa legge n. 199 del 2010 nella sua formulazione originaria, dato il fatto che le soluzioni individuate all'articolo 123 del decreto "Cura Italia" fossero soltanto all'apparenza di più agile utilizzo³⁹. In forza della medesima logica si è reputato utile lo strumento dell'affidamento in prova⁴⁰, anche

³⁶ Si individua infatti come il numero di individui detenuti che hanno avuto accesso alla detenzione domiciliare in forza delle disposizioni del d.l. Cura Italia sia irrisorio, di circa 5000 persone, a fronte di un quadro che necessiterebbe una fuoriuscita di circa 10.000 persone affinché si possa rientrare negli standard imposti dal Ministero della Salute e dall'OMS, in A. CALCATERRA, *La voce del carcere non resti inascoltata*, in *Diritto penale e uomo*, 15-04-2020.

³⁷ Nota della procura generale della Corte di Cassazione, cit., pp. 17-18.

³⁸ Cfr. R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2016, p. 5 ss.; si tratta di una visione "di sistema" emersa sin dal dibattito costituyente relativo all'articolo 27 della Costituzione che auspicava una solida edificazione del sistema penale sul principio del finalismo rieducativo e, pertanto, auspicava un'inversione di paradigma che realizzasse una progressiva marginalizzazione della pena detentiva la quale, per sua stessa natura, appare antitetica allo scopo re-socializzante proprio dello Stato costituzionale. Per una ricostruzione più approfondita di questi profili v. S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 331 ss.

³⁹ Cfr. V. MANCA, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro) riforma*, in *Giurisprudenza penale*, 3 maggio 2020, p. 16 ss. la quale parla di numerose "zone d'ombra" nella disciplina introdotta dall'articolo 123. Questa via è stata, ad esempio, la via perseguita dall'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto il 27 marzo 2020 il quale motiva in tal modo la sua decisione di procedere per la soluzione normativa tradizionale: «si reputa misura favorevole quella della detenzione domiciliare introdotta con d.l. 17 marzo 2020 n. 18, misura all'apparenza più favorevole ma di fatto di difficile immediata applicazione (...). Tenuto conto della finalità che hanno ispirato la recente normativa d'urgenza ovvero quella di ridurre l'affollamento carcerario, ricorrendone i presupposti di legge è possibile in questa sede concedere la misura dell'esecuzione presso il domicilio ex l. 199 del 2010». Un fattore determinante che ha reso difficoltoso il ricorso alle nuove misure emergenziali, opportunamente richiamato nelle motivazioni dell'autorità giudiziaria, consiste nell'indisponibilità dei braccialetti elettronici, strumento di controllo obbligatorio in caso di applicazione di misure *ex art. 123*, salve determinate eccezioni (art. 123, commi 4 e 5). Pur non potendo approfondire in questa sede questo ulteriore aspetto, è da segnalare come esso rappresenti un altro ostacolo rilevante all'attuazione di una normativa affetta da numerose strettoie applicative. Su questo elemento si veda, fra i tanti, la riflessione critica di A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, pp. 56 e 60. Ad esempio l'Ufficio di Sorveglianza di Venezia ha disposto che la pena fosse «eseguita in esecuzione domiciliare *ex art. 123 d.l. 18/2020*, non appena sarà messo a disposizione il dispositivo di controllo elettronico, momento cui farà seguito l'ordine di esecuzione da parte della competente procura» (4 aprile 2020).

⁴⁰ Queste misure sono state generalmente disposte a favore di detenuti che già godevano dell'accesso a finestre extramurarie come il lavoro esterno. In questo senso, ad esempio, la pronunzia dell'Ufficio di Sorveglianza di Siracusa, 16 marzo 2020, che ha concesso l'affidamento in prova in favore di un detenuto già ammesso alla semilibertà dal dicembre 2019, motivando la misura sulla base del grave rischio pandemico e della lodevole condotta mantenuta dal soggetto fino a quel momento.

terapeutico⁴¹, mentre con meno frequenza si è adoperata la detenzione domiciliare ordinaria⁴² perché anch'essa caratterizzata da analoghe preclusioni per i condannati al 4-*bis* o.p., come recentemente confermato dalla Corte costituzionale⁴³.

All'interno di questa fase caratterizzata dalla "spasmodica" ricerca di soluzioni universalmente idonee⁴⁴, è da segnalare il ruolo significativo della detenzione domiciliare cosiddetta "umanitaria" (47-*ter* o.p.), poiché applicabile in deroga ai limiti posti dalla quella ordinaria nei casi in cui il detenuto o l'internato sia affetto da una grave infermità fisica o psichica, anche sopravvenuta⁴⁵. In presenza di un quadro clinico

⁴¹ L'Ufficio di Sorveglianza di Siena, 1 aprile 2020, ha deciso per l'affidamento provvisorio in prova ad un detenuto alcool-dipendente, allegando il giudizio di idoneità in merito al trattamento terapeutico ambulatoriale e la disponibilità al lavoro presso una cooperativa sociale. Anche in questo caso la condizione emergenziale è stata ritenuta determinante per l'individuazione della misura alternativa. Analoghe misure sono state adottate dall'Ufficio di Sorveglianza di Mantova, 8 aprile 2020.

⁴² C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri*, cit., p. 40 sottolinea come l'adozione in via urgente di tali misure abbia riguardato detenzioni di lungo corso per le quali era stato già escluso il pericolo di recidiva e che già avevano esperienza di permessi premio o di lavoro esterno. Si veda, fra le molte, la decisione dell'Ufficio di Sorveglianza di Livorno, 3 aprile 2020, che ha concesso la detenzione domiciliare per un detenuto già usufruttore di permessi dal 2013, argomentando come «tutte le proiezioni esterne si sono svolte sempre in modo regolare e privo di criticità. Il detenuto è stato ammesso a svolgere attività lavorativa all'esterno in regime di art. 21 ord. pen. ormai da vari anni, mostrando sempre impegno e dedizione nello svolgimento delle mansioni assegnategli».

⁴³ Cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 2020, in particolare 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Per una più chiara sistematizzazione delle soluzioni alternative a carattere "universale" a disposizione della magistratura di sorveglianza, si veda V. MANCA, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, p. 6.

⁴⁵ Non può non essere ricordata l'ulteriore apertura garantista operata dalla Corte costituzionale. Con la sentenza n. 99 del 2019 la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 47-*ter* o.p. nella parte in cui non prevede che un soggetto affetto da grave infermità psichica sopravvenuta possa avere accesso alla detenzione domiciliare, analogamente a quanto stabilito per l'infermità fisica sopraggiunta durante la detenzione. È la Cassazione, prima sezione penale - adita in seguito al respingimento della richiesta di un detenuto affetto da una grave patologia psichica da parte del Tribunale di sorveglianza di Roma - a sollevare la questione. Le argomentazioni della Suprema Corte muovono dalla premessa che, sulla base di un orientamento interpretativo consolidato, l'insorgenza di una patologia di natura psichica successiva alla condanna precluderebbe l'accesso ad altre soluzioni individuate dall'ordinamento volte a far fronte a condizioni di infermità del detenuto. Si ravvisa, dunque, l'esistenza di una lacuna normativa in contrasto con gli artt. 2, 3, 27, e 117 c.1. alla quale il legislatore ha già peraltro tentato invano di porre rimedio. La Corte costituzionale accoglie la questione attraverso un ragionamento che, partendo dai presupposti fissati dal giudice di legittimità e passando in rassegna l'idoneità di altre soluzioni normative vigenti a fornire giustizia alla situazione del caso concreto, evidenzia come il vuoto legislativo colpisca l'individuo sottoposto a misure privative della libertà personale costringendolo a scontare la pena «in condizioni contrarie al senso di umanità». Per tal ragione, l'organo di garanzia conferma che l'estensione della detenzione domiciliare umanitaria, prevista dall'articolo 47 *ter* c. 1, rappresenti la soluzione "costituzionalmente adeguata" idonea ad offrire un giusto ristoro alla condizione del cosiddetto "reo folle" in quanto istituto modellabile e, quindi, adatto a salvaguardare la salute dell'individuo compatibilmente con le esigenze di sicurezza della collettività. Per una ricostruzione della pronuncia e del percorso normativo e giurisprudenziale che ha condotto alla sua adozione si rimanda a A. CALCATERRA, *Salute mentale e detenzione: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere*, in *Diritto penale e uomo*, n. 5/2019, p. 34 ss.; cfr., altresì, M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, p. 1103 ss. il quale sottolinea come una soluzione simile a quella individuata dalla Consulta era stata già dedotta in via interpretativa dal Tribunale di sorveglianza di Messina (ordinanza 22 febbraio 2018) il quale, di fronte ad una richiesta analoga di un detenuto, aveva optato per l'esecuzione domiciliare della pena presso una Comunità terapeutica assistita. Il fatto che il giudice comune sia pervenuto ad una soluzione, commenta l'A., non dovrebbe comunque "trarre in inganno" e spingere a porre nel dubbio la indispensabilità del contributo normativo della Corte. Infatti, l'organo giudiziario procede comunque ad un'integrazione per *analogia legis* e non ad un intervento interpretativo costituzionalmente conforme. Da qui la necessità di provvedere ad una pronuncia normativa da parte dell'organo di garanzia, più rispettosa del principio

critico, anche i condannati individuati dall'articolo 4-*bis* o i sottoposti al regime detentivo speciale *ex art.* 41-*bis* hanno potuto beneficiare di una misura di tal guisa⁴⁶.

Il delicato bilanciamento sotteso a tali provvedimenti, spesso riguardanti esponenti di spicco della realtà criminale e mafiosa, ha portato con sé aspre polemiche nell'opinione pubblica, in particolare in seguito alle decisioni adottate dall'Ufficio di Sorveglianza di Milano e dal Tribunale di sorveglianza di Sassari. Ambedue le autorità hanno ritenuto necessario disporre il differimento della pena (art. 147 o.p.) nella forma della detenzione domiciliare "in deroga" in forza di comprovate esigenze di salute del detenuto affetto da gravi patologie e in un'età avanzata. I giudici competenti affermano come la straordinarietà della situazione emergenziale, congiunta alle condizioni problematiche proprie di un ambiente caratterizzato da una notevole densità, esporrebbero l'individuo a dei rischi elevati, data la preesistente debilitazione psicofisica prodotta dalla malattia. Nella visione dell'ufficio di sorveglianza milanese la formula individuata dall'articolo 47-*ter*, comma 1 rappresenterebbe una soluzione che permette di contemperare le esigenze connesse alla salute individuale e della sicurezza collettiva, data la «elevata caratura criminale del condannato»⁴⁷. Anche le argomentazioni del collegio giudicante sassarese hanno prevedibilmente fatto perno sul diritto alla salute del detenuto, conferendo tuttavia ad esso una sfumatura ulteriore, quella della necessaria continuità e adeguatezza del trattamento sanitario⁴⁸. Viene constatato, in primo luogo, come l'istituto penitenziario non si trovi in prossimità di strutture ospedaliere che possano

di uguaglianza, data la presenza di un diritto fondamentale coinvolto; F. SIRACUSANO, *Il "reo folle" davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, p. 1120 pone in luce, inoltre, che se l'addizione della Corte è stata determinante per porre rimedio agli squilibri di tutela che la lacuna determinava, non va taciuta la necessità di un ulteriore intervento, possibilmente legislativo, di portata sistemica che ri-conferisca all'art. 47 *ter* la sua originaria natura surrogatoria.

⁴⁶ Si veda ad esempio la decisione del Tribunale di Sorveglianza di Milano, 31 marzo 2020, in cui si argomenta come «non si possa escludere che il soggetto sia a rischio in relazione al fattore età, alle pluripatologie con particolare riguardo alle problematiche cardiache, difficoltà respiratorie e diabete, tenuto conto che ad oggi la situazione risulta aggravata significativamente dalla concomitanza del pericolo di contagio; tali patologie possono considerarsi gravi con specifico riguardo all'elevato rischio di contagio attualmente in corso per COVID-19 che, contrariamente a quanto ritenuto dal Magistrato di sorveglianza, appare più elevato in ambiente carcerario ove non è possibile l'isolamento preventivo». Fonda le argomentazioni sull'elevato di rischio di contagio interno, non eliminabili anche in presenza di adeguate misure di prevenzione, anche l'Ufficio di sorveglianza di Brescia, 3 aprile 2020. È apparsa altrettanto solidamente motivata la decisione dell'Ufficio di sorveglianza dell'Aquila che ha concesso la detenzione domiciliare umanitaria ad un detenuto affetto da tubercolosi polmonare. Le argomentazioni del giudice monocratico si sono rivolte in primo luogo alle gravissime conseguenze che sarebbero derivate da una contrazione della malattia del Covid-19, data la patologia pregressa e la prognosi infausta del richiedente. Per assicurare che la detenzione non fuoriesca dalle coordinate garantiste imposte dal dettato costituzionale, assumendo i contorni di trattamento contrario al senso di umanità, viene ribadita la necessità e indifferibilità di un trattamento terapeutico in strutture sanitarie esterne. Per un approfondimento delle misure adottate dai tribunali nella più critica fase emergenziale, si veda C. MINNELLA, *Evoluzioni giurisprudenziali sulle misure svuota carceri adottate dalla magistratura di sorveglianza*, in *Diritto e Giustizia*, 27 aprile 2020.

⁴⁷ Uff. Sorv. Milano, 20 aprile 2020, p. 1.

⁴⁸ Per una più approfondita ricostruzione della vicenda e del delicato bilanciamento operato dal giudice di sorveglianza si veda G. STAMPANONI BASSI, *Il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto (anche se dotato di "caratura criminale") e interesse pubblico alla sicurezza sociale*, in *Giurisprudenza penale*, 25 aprile 2020.

assicurare lo svolgimento dei necessari *follow-up* diagnostico-terapeutici di cui il paziente necessitava, anche in forza della loro trasformazione in centri di emergenza COVID-19, né ve ne siano altre idonee all'interno della regione⁴⁹. Inoltre, sulla scorta del presupposto per cui le garanzie riconosciute al diritto alla salute assumono anche il significato di “prevenzione” della condizione patologica, come indicato anche dall'art. 1 del decreto legislativo n. 230 del 1999, si aggiunge, in seguito ad una accurata valutazione medico-terapeutica, come la peculiare condizione dell'individuo risulterebbe particolarmente esposta a complicanze connesse al coronavirus. Infine, all'interno dell'*iter* argomentativo si rivela determinante il supporto offerto dagli indirizzi della Suprema Corte, opportunamente citata dal giudice sardo, i quali sottolineano come debba essere cura e dovere del magistrato di sorveglianza evitare che il condannato sconti la pena in modo non dignitoso e in violazione della tutela prescritta dall'articolo 32 della Costituzione. Affinché tali requisiti garantisti possano esser reputati ragionevolmente violati, osserva il giudice di legittimità, non è necessario che esista un'assoluta incompatibilità fra le condizioni oggettive e la salute del soggetto ma è sufficiente che le prime espongano l'infermo a «un serio pericolo di vita» o siano tali «da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche» determinando «sofferenze aggiuntive ed eccessive (...) in spregio al diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario»⁵⁰.

Oltretutto, tali controverse decisioni si pongono in linea di continuità con quel filone giurisprudenziale sviluppato della Corte di Strasburgo, fondato su un'interpretazione estensiva dell'articolo 3 della Convenzione, che ha progressivamente individuato significativi *standard* minimi di tutela in tale ambito⁵¹. All'interno di questo ricco panorama di pronunzie, è possibile enucleare fondamentali tasselli prescrittivi che offrono un importante schema giudiziale di riferimento qualora le condizioni psicofisiche del ristretto appaiano incompatibili con la carcerazione⁵². Le fondamentali normative di tale “test” garantista possono dirsi tracciate sin dalla sentenza *Scoppola c. Italia* (n.1), mentre già nella decisione *Contrada c. Italia* (n.2) sembra che l'organo giurisdizionale sovranazionale suggelli tale punti fermi, conferendo evidente organicità ai principi individuati sino a quel momento⁵³. In estrema sintesi, affinché possa ragionevolmente ipotizzarsi una violazione dell'articolo 3, deve sussistere un quadro clinico aggravato e supportato da un'adeguata documentazione tecnico-sanitaria accertante l'incompatibilità fra la reclusione

⁴⁹ Trib. Sorv. Sassari, 23 aprile 2020.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. I, 17.05.2019, n. 27352.

⁵¹ I presupposti generali inerenti l'adeguatezza delle cure e la tutela della salute del detenuto sono stati dettati nelle importanti sentenze pilota *Kudla c. Polonia* del 26 ottobre 2000 e *Xiros c. Grecia* del 9 settembre 2010.

⁵² Per una ricostruzione approfondita del panorama giurisprudenziale interno e sovranazionale in materia si veda V. MANCA, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale*, cit., p. 6 ss.

⁵³ Cfr. V. MANCA, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2014, p. 12 ss.

e lo *status* di infermità dell'individuo⁵⁴. Se quest'ultimi appaiono requisiti consolidati, l'identificazione della pericolosità sociale del soggetto e la specialità del regime a cui è sottoposto come fattori giustificativi di un trattamento differenziato hanno perduto nel tempo la sua vincolatività. Più nel dettaglio, come affermato nella sentenza *Contrada*⁵⁵ e poi ribadito più di recente nella sentenza *Provenzano*⁵⁶, benché il regime detentivo speciale non sia di per sé incompatibile con il dettato convenzionale né in contrasto con una condizione patologica, l'elevata personalità criminale del detenuto non può giustificare a priori un affievolimento delle soglie di garanzia né dei doveri di accertamento del giudice sovranazionale⁵⁷. In tale prospettiva, la salvaguardia della dignità della persona, nucleo prescrittivo essenziale della Carta unente la sua fitta trama di principi, si imporrebbe, dunque, senza condizioni⁵⁸.

Appare altresì rilevante il fatto che la Corte EDU ribadisca come la valutazione circa l'eventuale superamento dei livelli minimi di tutela risulti "relativo", cioè si debba necessariamente basare su un giudizio modellato sulle circostanze del caso quali la durata della detenzione, i suoi effetti sulla condizione psicofisica del recluso, il sesso, l'età e lo stato di salute⁵⁹.

4. Gli aggravamenti procedurali e il meccanismo di "rivalutazione continua" introdotti dai decreti legge nn. 28 e 29 del 2020

Nonostante la solidità normativa emergente dietro le vie imboccate dall'autorità giudiziaria, le summenzionate polemiche politiche che hanno accompagnato le più controverse decisioni della magistratura di sorveglianza hanno avuto un ruolo importante nel determinare una rapida reazione da parte dell'Esecutivo⁶⁰.

In primo luogo, con il d.l. n. 28 del 2020 è stata introdotta una rilevante modifica degli articoli 30-*bis* e 47-*ter* della legge sull'ordinamento penitenziario in materia di permessi premio e detenzione domiciliare "in surroga". La novità che accomuna le interpolazioni legislative si sostanzia nella previsione di un'iterlocuzione obbligatoria sull'istanza di concessione delle misure alternative per motivi connessi all'emergenza da Covid-19 con il procuratore distrettuale del luogo in cui è stata emessa la sentenza, nella circostanza in cui essa riguardi i condannati per gravi reati di cui all'articolo 51 c.p.p. commi 3-*bis* e 3-*quater*, e anche con il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, in caso di detenuti sottoposti al

⁵⁴ Si vedano, *ex pluris*, *Enea c. Italia*, *Telissi c. Italia*, *Prestieri c. Italia*, *Cara-Damiani c. Italia*, *Cirillo c. Italia*.

⁵⁵ C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), ric. n. 7509/08.

⁵⁶ C. eur. dir. uomo, Sez. I, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. 55080/13.

⁵⁷ Si vedano, in particolare, *Provenzano c. Italia*, par. 150 e 151.

⁵⁸ Cfr. A. MARTINO, *L'equilibrio instabile fra carcere duro e Dignità umana. Il caso Provenzano: alcune riflessioni sulla sentenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti comparati*, 4 febbraio 2019.

⁵⁹ *Provenzano c. Italia*, par. 126.

⁶⁰ A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 1 maggio 2020.

regime detentivo *ex art. 41-bis* della legge sull'ordinamento penitenziario⁶¹. La finalità sottesa dietro l'aggravamento procedurale è, a tutta evidenza, quella di apprendere informazioni più dettagliate sulla sussistenza di eventuali legami del richiedente con la criminalità organizzata⁶².

Da un lato, sotto il profilo teorico, l'introduzione di un parere obbligatorio, ma non vincolante, ad opera della massima autorità inquirente potrebbe risultare una valida addizione affinché il decidente possa avere piena cognizione di tutti gli elementi utili ad applicare la misura alternativa.

Nonostante ciò, la formulazione della previsione – l'assenza, *in primis*, dell'obbligo di parere “motivato”⁶³ – e l'*occasione legis* inducono a inquadrare la misura come un intervento dal quale traspare una scarsa fiducia nella magistratura di sorveglianza e nella sua idoneità, anche nel periodo emergenziale, a porre in essere un adeguato bilanciamento fra esigenze imposte dalla salute e tutela della sicurezza pubblica, terreno sul quale già in passato si registravano momenti di profonda tensione⁶⁴. Ma, soprattutto, è la lettura congiunta del d.l. 28 con il successivo intervento d.l. n. 29 a rafforzare questa interpretazione. Quest'ultimo, adottato a soli dieci giorni di distanza dal primo provvedimento d'urgenza, ha introdotto un meccanismo di rivalutazione periodica delle summenzionate misure favorevoli concesse ai sensi del d.l. n. 28⁶⁵. La previsione, avente effetti retroattivi, dispone, dunque, un riesame obbligatorio che deve essere

⁶¹ L. CESARIS, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giurisprudenza penale*, 23 maggio 2020, p. 2 rileva, inoltre, come il riferimento ai «condannati e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354» risulti approssimativo, dato che il 41-bis rappresenta un regime detentivo applicabile nelle diverse ipotesi individuate dai due commi dell'articolo stesso mentre è evidente che il legislatore, con tale provvedimento, intendesse rivolgersi ai beneficiari di misure sottoposti al regime detentivo nei casi in cui ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica (comma 2).

⁶² Cfr. C. DE LUCA, *Emergenza Covid-19 e ordinamento penitenziario: le novità del d.l. n. 28 del 2020*, in *Diritto penale e uomo*, n. 5/2020.

⁶³ Cfr. M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare*, in *Sistema penale*, 1 maggio 2020, par. 3.

⁶⁴ P. CANVELLI, *La magistratura di sorveglianza tra umanità della pena e contrasto alla criminalità organizzata: le soluzioni contenute nel d.l. 30 aprile 2020, n. 28*, in *Giustizia insieme*, 8 maggio 2020, par. 3 ricorda le numerose resistenze manifestate dall'amministrazione penitenziaria in presenza di permessi di necessità concessi da parte della magistratura di sorveglianza nei confronti di detenuti sottoposti al regime di alta sorveglianza o al 41-bis, strenua opposizione espressa nonostante gli indirizzi della Suprema Corte stabilenti che le ragioni sottese dietro un permesso per gravi motivi non possono essere del tutto sacrificate in presenza di esigenze securitarie: la pericolosità sociale non può infatti comprimere del tutto quella legittima aspirazione alla garanzia della vita privata e familiare del detenuto (Cass. I, 27-11-2015, n. 15953/16, ric. Vitale).

⁶⁵ Così l'art. 2 comma 1 d.l. 29 del 2020: «I condannati e gli internati per i delitti di cui agli articoli 270, 270-bis, 416-bis del codice penale e 74, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, o per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, o per un delitto commesso con finalità di terrorismo ai sensi dell'articolo 270-sexies del codice penale, nonché i condannati e gli internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 sono ammessi alla detenzione domiciliare o usufruiscono del differimento della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento, acquisito il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati ed internati già sottoposti al regime di cui al predetto articolo 41-bis».

automaticamente effettuato entro 15 giorni dall'adozione della misura e, successivamente, a cadenza mensile⁶⁶.

Ad un primo sguardo, si potrebbe pensare che il peso del valore della sicurezza pubblica, parzialmente sacrificato all'interno del mutevole quadro normativo di natura emergenziale, riacquisisca la sua cogenza valoriale nella forma di aggravii procedurali, traducendosi nella previsione di un "martellante" e pervasivo meccanismo di controllo delle condizioni da parte dell'autorità competente. L'autonomia decisoria di quest'ultima, inoltre, verrebbe positivamente salvaguardata all'interno del decreto legge perché la magistratura di sorveglianza rimarrebbe l'unico soggetto titolare del potere di decidere della permanenza delle condizioni che hanno giustificato il provvedimento, seppur fortemente irreggimentata in uno schema composto da una congerie di pareri e irrigidimenti procedimentali⁶⁷. Questa linea di lettura, d'altra parte, appare confermata dalla Corte costituzionale la quale, interrogata sulla legittimità del provvedimento, lo ha fatto salvo, ribadendo come appaia costituzionalmente legittima l'esigenza di introdurre una valutazione a scadenze ravvicinate volte a permettere al giudicante di verificare «la perdurante attualità del bilanciamento» senza che ciò possa legittimare un'«ipotetela» della salute di alcune categorie di detenuti, la cui garanzia non è suscettibile di affievolimento, né tradursi in un tentativo di «esercitare indebite pressioni sul giudice che abbia in precedenza concesso la misura, mirando unicamente ad arricchire il suo patrimonio conoscitivo»⁶⁸.

Sotto il profilo applicativo esso appare, tuttavia, di limitata utilità e in grado di aggiungere un inasprimento meramente formale e "di facciata", volto a placare temporaneamente polemiche politiche non sempre in grado di cogliere la complessità della vita carceraria, a un *iter* che già prevede in origine, come evidenziato, una rigorosa valutazione dei presupposti applicativi da parte del giudice nonché un sistema di verifiche secondo tempistiche più congrue e modellabili anche in forza della specificità della condizione di infermità. L'imposizione di tale sistema di rivalutazione continua andrebbe nel concreto a vanificare i delicati bilanciamenti, anche di natura prognostica, operati dal collegio giudicante, imponendo quasi una valutazione *ex novo*, un procedimento dal quale a venir indebolita è l'effettività della tutela della salute, data l'immediata esecutività del provvedimento di revoca eventualmente disposto dal giudice monocratico⁶⁹. Ancora una volta, dunque, l'intervento normativo è apparso condizionato da rigidità che

⁶⁶ L'art. 2 comma 1 del d.l. prevede, inoltre, una rivalutazione immediata anche prima dei termini indicati qualora comunichi «la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena».

⁶⁷ Sul punto F. GIANFILIPPI, *D.l. 10 maggio 2020 n. 29, rivalutazione delle detenzioni domiciliari*, in *Giustizia insieme*, 12 maggio 2020.

⁶⁸ Corte cost., sent. 245 del 2020.

⁶⁹ M. BRUCALE, *Decreto legge n. 29, 10 maggio 2020. Alcune riflessioni*, in *Penale-Diritto e procedura*, 14 maggio 2020; in senso analogo si esprime anche F. GIANFILIPPI, *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel d.l. 10 maggio 2020 n. 29*, in *Giustizia insieme*, 12 maggio 2020, par. 3.

peccano, inoltre, anche di scarso realismo perché appaiono dimentichi delle difficoltà oggettive degli uffici di sorveglianza che, già in tempi ordinari, risultavano in crisi e non in grado di gestire e far fronte al flusso di scadenze e pareri ordinari⁷⁰.

È da segnalare positivamente come, tuttavia, ulteriori elementi di criticità che accompagnavano il provvedimento d'urgenza siano stati colmati in fase di conversione. Infatti, accanto alle numerose perplessità concernenti la conformità del provvedimento all'articolo 32 della Costituzione, dubbi di legittimità sono emersi in relazione al carente coinvolgimento del condannato nella fase processuale che ha luogo dinanzi al giudice di sorveglianza. Oggetto delle ordinanze di remissione è stata infatti anche l'asserita incompatibilità della procedura con gli articoli 3, 24 e 111 della Costituzione poiché la rivalutazione ad opera del magistrato non avrebbe consentito un adeguato formale coinvolgimento della difesa tecnica dell'interessato, sebbene da essa derivasse «l'eventuale ripristino della massima privazione della libertà rappresentata dal rientro in carcere, peraltro di una persona affetta da gravi patologie e già destinataria di una misura volta essenzialmente alla tutela del diritto alla salute e a una detenzione conforme al senso di umanità»⁷¹. Nonostante la restituzione degli atti da parte della Corte per *ius superveniens* – nello specifico l'introduzione di una procedura più garantista che prevedeva, in caso di revoca della misura provvisoria, il coinvolgimento del Tribunale di sorveglianza che deve pronunciarsi entro 30 giorni dalla revoca, misura introdotta in sede di conversione nella legge n. 70 del 2020 – il Tribunale di Spoleto ha risollevato la questione, reputando comunque non adeguatamente garantista la procedura, poiché la «rivalutazione collegiale di eventuale ripristino della misura potrebbe giungere oramai tardivamente».

⁷⁰ Tali difficoltà appaiono legate alla specificità della funzione e configurazione della sorveglianza la quale ha progressivamente assunto, dopo un'iniziale condizione di marginalità, un innegabile centralità, una posizione di rilevanza che la condannerebbe, tuttavia, ad operare sempre «in affanno», come sottolineato dall'Associazione Antigone nel XIII rapporto sulle condizioni della detenzione. Come rilevato in quest'ultimo, il quale fotografava la situazione pre-pandemica, tali difficoltà degli uffici di sorveglianza sono dovute alle crescenti attività di cui sarebbero destinatari, incremento che renderebbe l'aumento di organico insufficiente (nonostante fosse superiore al 13% nel 2016). Questa rinnovata importanza sarebbe dovuta principalmente a due ragioni: da un lato, al progressivo ricorso alle misure alternative, auspicato e promosso già dal legislatore del 1975 ma concretizzatosi solo nell'ultimo decennio, in seguito alle più volte citate condanne e sollecitazioni da parte di organismi internazionali, e, dall'altro, al rilevante ruolo di garanzia nei confronti dei diritti dei detenuti. Anche con riferimento a quest'ultimo aspetto, i meccanismi di tutela disposti nei confronti del recluso sono rimasti per lungo tempo inattuati. Ancora una volta le critiche sollevate dalle autorità sovranazionali sono divenute decisive nel dare un impulso e rendere tali meccanismi dotati di effettività. L'effetto «negativo» di queste modificazioni, che rendono oggi la sorveglianza la «vera chiave di volta» del processo di umanizzazione e piena giurisdizionalizzazione della pena, consisterebbe, dunque, in un «ingolfamento» di tale sede, situazione che richiederebbe un'espansione della forza lavoro di gran lunga maggiore, si veda l'approfondimento di B. PEREGO, *Magistratura di sorveglianza, questa sconosciuta*, in XIII Rapporto Antigone, 2017, disponibile a <https://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/04-magistrati-di-sorveglianza/>.

⁷¹ Su questo aspetto vertevano le argomentazioni elaborate dal Tribunale di Sorveglianza di Spoleto. Diversamente, il magistrato di sorveglianza di Avellino e il Tribunale di sorveglianza di Sassari hanno presentato due ordinanze di remissione anch'esse volte a censurare l'articolo 2 del decreto legge ma insistendo sul contrasto con l'articolo 32 della Costituzione in quanto il processo di «rivalutazione continua» previsto dalla norma ostacolava la continuità delle cure nonché la possibilità di predisporre e pianificare un'efficace piano diagnostico terapeutico.

La Corte costituzionale ha rigettato la questione sostenendo che, benché le affermate osservazioni dei rimettenti cogliessero nel segno «in punto di fatto», non fossero sufficienti a determinare una violazione del testo costituzionale⁷². Si osserva in primo luogo come la decisione del magistrato di sorveglianza ai sensi dell'articolo 47-ter comma 1-*quater* o.p., adottata in seguito ad una richiesta del detenuto di concessione della detenzione domiciliare umanitaria, consista in un provvedimento interinale che dispone l'applicazione provvisoria della misura sulla base di pareri acquisiti d'ufficio e non ostensibili alla difesa secondo un meccanismo celere congeniato per favorire un intervento d'urgenza. Alla luce di ciò si comprende come anche nella formulazione "classica" il pieno coinvolgimento della difesa avviene nella fase successiva nella quale il Tribunale di sorveglianza si esprimerà in via definitiva sulla misura. La presunta lacuna garantista, osserva il giudice delle leggi, non rappresenterebbe «un'anomalia», proprio perché non si è mai ritenuto «costituzionalmente necessario» assicurare il contraddittorio pieno nella prima fase, tenendo conto che esso si svolgerà pienamente in seguito. Questo importante elemento di criticità è stato dunque compensato per via legislativa in fase di conversione dalla legge n. 70 con l'introduzione di un procedimento di verifica a contraddittorio differito dell'avvenuta decisione di revoca del magistrato di sorveglianza.

Non può omettersi di precisare come l'intervento di revoca di un beneficio già riconosciuto risulti più gravoso, in quanto comporta l'immediata riconduzione all'interno del carcere, seppur di carattere provvisorio, rispetto ad un esame avente ad oggetto la concessione di un beneficio. Nonostante ciò, la Corte sostiene che tale aspetto assuma una rilevanza soltanto di natura psicologica, non in grado di porre nel dubbio la solidità del procedimento: «il protrarsi della detenzione genera un grave pericolo per la salute e la vita stessa del condannato, allora anche la scelta iniziale di non concedergli il beneficio potrebbe essere foriera di conseguenze assai gravi, esattamente come la decisione di ricondurlo in *vinculis* quando quel pericolo non sia ancora cessato»⁷³. È da osservare positivamente, dunque, come il legislatore parlamentare abbia in parte colmato le lacune presenti nel provvedimento originario, introducendo una procedura più garantista che ha consentito di dissipare alcune delle perplessità del provvedimento d'urgenza almeno sotto il profilo della piena vigenza delle garanzie imposte dagli articoli 24 e 111 della Costituzione⁷⁴.

⁷² Cfr. Corte cost., sent. 245 del 2020, punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

⁷³ Cfr. punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ Condivide il percorso logico-argomentativo della Consulta S. TOCCI, *La Consulta conferma la legittimità costituzionale della normativa emergenziale in materia penitenziaria (nota alla sentenza della Corte Cost. n. 245/20)*, in *Giustizia insieme*, 15 dicembre 2020 il quale evidenzia come la Corte abbia potuto far affidamento su una solida giurisprudenza pregressa mentre le argomentazioni dei rimettenti apparirebbero trainate da un'ondata di emotività difficilmente in grado di essere accolta. Diversamente, invece, F. DELLA CASA, *Decreto "antiscarcerazioni". Corte cost. n. 245 del 2020: una declaratoria di infondatezza non sempre attenta alle argomentazioni dei giudici a quibus*, in *Giustizia insieme*, 14 gennaio 2021, par. 2.2 critica il sillogismo operato dalla Corte fra la procedura censurata e quella individuata dall'articolo 51 ter o.p., chiamata in causa dal giudice costituzionale come principale procedimento "gemello" su cui fondare la legittimità della nuova disciplina (punto 8.3

Infine, all'interno di questo percorso ricostruttivo, è necessario menzionare brevemente le previsioni introdotte dal decreto n. 137 del 2020, cosiddetto "Ristori", anch'esso contenente importanti prescrizioni relative all'ambiente penitenziario. Tale contenuto non si distacca dall'impostazione di fondo caratterizzante la fase più acuta dell'emergenza, confermando la volontà di agire su due principali linee d'azione⁷⁵: si è proceduto ancora una volta verso l'agevolazione della permanenza esterna attraverso la valorizzazione delle misure *extramoenia* per coloro che già si trovassero in una condizione avanzata del percorso di socializzazione⁷⁶ e, dall'altro, si è favorito il ricorso all'esecuzione della pena presso il domicilio per i condannati per reati di minor gravità. Con riferimento a quest'ultima, in particolare, l'atto avente forza di legge ha riprodotto sostanzialmente quanto stabilito all'interno del già discusso articolo 123 del decreto n. 18/2020, confermando le preclusioni già individuate dalla precedente regolamentazione. Per tal ragione, sia con riferimento all'efficacia deflattiva di tale cornice d'azione, sia in relazione alla ragionevolezza delle limitazioni assolute di natura oggettiva e soggettiva permangono le medesime perplessità manifestate in merito al decreto "Cura Italia"⁷⁷.

Appare altresì importante menzionare come, nel corso del 2021, non si siano registrati rilevanti mutamenti di approccio nella gestione della pandemia all'interno degli istituti detentivi. Il legislatore ha infatti agito, in primo luogo, disponendo la proroga, fino al 30 aprile 2021, dell'efficacia delle misure introdotte dagli articoli 28, 29 e 30 del decreto "Ristori", riconfermando, da un lato, la deroga ai termini

del *Considerato in diritto*). Tale diversità, osserva l'Autore, sarebbe riconducibile a due ragioni: in primo luogo perché l'eventuale sospensione avviene in assenza di contraddittorio con ambedue le parti, anche con il pubblico ministero, e in secondo luogo consente al magistrato di disporre un'alternativa meno drastica della revoca del provvedimento, unica via prevista dalla procedura prevista dal decreto censurato. Quest'ultima sottoporrebbe il detenuto ad una «doccia scozzese», costringendolo a subire l'unica strada del rientro in carcere, soluzione potenzialmente lesiva di un omogeneo e continuativo percorso terapeutico, riprendendo sostanzialmente le argomentazioni elaborate nelle altre ordinanze di remissione (v. *supra* nota 71).

⁷⁵ Cfr. M. PERALDO, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare "straordinari": il decreto "ristori" (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, in *Sistema penale*, 16 novembre 2020.

⁷⁶ Difatti, l'articolo 28 del provvedimento riprende sostanzialmente l'impostazione dell'articolo 124 del decreto "Cura Italia", riconoscendo la concedibilità di licenze "premio" oltre il limite dei 45 giorni annui con l'ulteriore precisazione che solo gravi motivi ostativi, rilevati dal magistrato di sorveglianza, potranno impedire l'erogazione di tale misura. Inoltre, l'articolo 29 apre a nuovi scenari, preclusi dal legislatore d'urgenza di marzo, in quanto consente di eludere i limiti temporali posti dall'articolo 30-ter o.p. per la concessione dei permessi premio anche se, tuttavia, introduce rigide preclusioni soggettive, stabilendo che la misura favorevole possa esser concessa solo a coloro che già abbiano usufruito di permessi premio e siano stati già autorizzati a svolgere lavoro esterno. Con tale previsione particolarmente restrittiva si svuota in modo significativo la portata positiva dell'intervento. Viene inoltre ribadita la preclusione assoluta del beneficio nei confronti dei condannati per i delitti di cui al 4-bis e per i reati di maltrattamenti in famiglia o di atti persecutori. È inoltre preclusa la concessione ai condannati che vedano compreso nel proprio titolo esecutivo reati di associazione a delinquere di stampo mafioso o altro reato svolto con modalità mafiose o con finalità di agevolare associazioni criminali o terroristiche. Tale ostacolo vige anche qualora il soggetto abbia già espiato la relativa quota di pena, nell'ipotesi in cui tali reati siano stati reputati anche in sede esecutiva connessi a quelli a carattere ostativo, in F. GIANFILIPPI, *Decreto legge Ristori, le disposizioni emergenziali per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia nel contesto penitenziario*, in *Giustizia insieme*, 30 ottobre 2020, il quale osserva come, con quest'ultima previsione, il legislatore d'urgenza contraddica quel principio di origine pretoria che impone lo scioglimento del cumulo in favore del reo in sede di valutazione della concessione di un beneficio penitenziario.

⁷⁷ Cfr. S. TALINI, *I giorni dell'emergenza sanitaria*, cit., pp. 37-38.

temporali ordinari con riferimento alle licenze premio e ai permessi premio e, dall'altro, la valorizzazione dell'esecuzione domiciliare⁷⁸. Tale via, basata sull'intento di lasciare immodificata la struttura del provvedimento n. 137 del 2020 rispetto alla sfera carceraria, mediante la reiterazione dei suoi effetti, è stata in seguito riprodotta dai decreti legge nn. 56 del 2021 e 105 del 2021⁷⁹ e, infine, dal recentissimo provvedimento d'urgenza n. 221 del 2021, il quale ha esteso la vigenza delle disposizioni emergenziali fino al 31 marzo 2022.

Sebbene di scarso rilievo sotto il profilo dell'innovatività, tali scelte appaiono comunque foriere di significato. Difatti, da esse emergerebbe una volontà normativa ispirata dall'intento di “cristallizzare” lo *status quo* in materia penitenziaria, staticità che non solo sembra testimoniare una mancata disponibilità, anche in un periodo in cui la situazione si faceva più distesa, a temperare gli automatismi introdotti, da più parti sollecitata, ma che fotografa con più chiarezza quella profonda scissione fra “dentro” e “fuori” le mura del carcere sotto il profilo della garanzia accordata ai diritti fondamentali dell'individuo in condizioni emergenziali. La fissità di tale disciplina confermerebbe, infatti, la presenza di un legislatore non incline a porre in essere quei necessari interventi di gradualizzazione e di progressivo rimodellamento dei provvedimenti alla luce della evoluzione della crisi pandemica manifestata in relazione alla condizione dei soggetti “liberi”. Trascorso l'anno più critico, ciò che rimane, quindi, è un quadro normativo “dormiente” che riproduce quella disparità “interna” fra categorie di detenuti ma che lascia soprattutto trasparire una sempre maggiore differenziazione “esterna” fra individui che richiama in causa, ancora una volta, la tenuta del principio di uguaglianza.

5. Osservazioni conclusive. Oltre la salute e l'emergenza: un quadro normativo in controtendenza rispetto all'evoluzione giurisprudenziale improntata alla “flessibilità” e all’“individualizzazione” del percorso trattamentale

La pandemia causata dal Covid-19 ha generato l'effetto, come efficacemente sintetizzato, di sollevare il «coperchio al carcere reale»⁸⁰, esponendo ancora una volta all'attenzione del decisore politico una

⁷⁸ Così l'articolo 2 del decreto legge n. 7 del 2021 rubricato “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 in ambito penitenziario” il quale a sua volta interveniva in seguito alla proroga già introdotta dalla legge di conversione n. 178 del 2020 che estendeva i termini posti dal decreto Ristori al 31 gennaio 2021.

⁷⁹ I quali hanno rispettivamente stabilito la proroga delle misure fino al 31 luglio 2021 e successivamente al 31 dicembre 2021 (cfr. articolo 11 del d.l. n. 56 del 2021 e articolo 6 del d.l. 105 del 2021). Cfr. inoltre la breve ricostruzione dell'assetto normativo di F. LAZZERI, *Carcere e Covid: prorogate fino al 31 luglio le norme del 'decreto ristori' in tema di licenze premio, permessi premio e detenzione domiciliare straordinari*, in *Sistema penale*, 7 maggio 2021; G. SANTALUCIA, *Decreto-legge n. 105 del 2021. Proroga della normativa d'emergenza per i processi penali. Un aiuto alla lettura di Giuseppe Santalucia*, in *Giustizia insieme*, 26 luglio 2021, par. 3.

⁸⁰ R. DE VITO, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, in *Questione giustizia*, 11 marzo 2020.

condizione di diffusa e drammatica vulnerabilità⁸¹. Proprio in forza di tale situazione, l'ambiente carcerario è divenuto oggetto di interventi d'urgenza la cui comune finalità consisteva nel salvaguardare la salute dei detenuti e prevenire il contagio, evitando che una realtà chiusa e sovraffollata come quella detentiva diventasse lo scenario di un disastro sanitario. In primo luogo, l'analisi di tali misure ha permesso di porre in luce come le differenti sfaccettature che assume la tutela della salute – in particolare quella preventiva e terapeutica – si rivelino profondamente interconnesse. Ma, soprattutto, dall'articolato quadro normativo pandemico traspare la consapevolezza che una riflessione sulla garanzia della condizione psicofisica di coloro che sono soggetti a privazione della libertà personale, anche in tempi di crisi, non possa essere osservata disgiuntamente alla complessità dello *status* del ristretto né da un ragionamento sulla pena e, in particolare, sulla fase esecutiva.

Nel primissimo periodo emergenziale il legislatore ha optato per la via dell'isolamento, aspirando a creare una cintura protettiva attorno alle strutture carcerarie. In un secondo momento, quando oramai era palese la permeabilità del sistema penitenziario all'ingresso della patologia, l'azione dell'autorità politica si è indirizzata verso l'individuazione di strumenti per favorire il deflusso verso l'esterno. È su quest'ultima direttiva di normazione che sembra più proficuo soffermarsi per individuare le principali criticità ma anche spunti di riflessione trascendenti l'eccezionalità del momento storico.

Tale quadro d'urgenza, analizzato unitamente, presenta, infatti, una valorizzazione del ricorso alle misure alternative alla detenzione, strategia d'intervento che, a tutta evidenza, si è rivelata necessaria in un contesto eccezionale ma che, auspicabilmente, non dovrebbe esaurire la sua portata innovativa alla crisi pandemica, potendo fungere da indirizzo normativo dal quale ripartire per la agognata riforma del sistema penitenziario. Una speranza che muove dalla necessità di trarre dalla grave difficoltà una carica propulsiva per una futura revisione del sistema, come osservato dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale nel maggio del 2020⁸².

In relazione a tale aspettativa non si possono tuttavia non rammentare le innumerevoli “occasioni perse” del legislatore in materia. Come già sottolineato, dopo le pesanti condanne internazionali subite dall'Italia per la situazione degli istituti carcerari, i provvedimenti disposti dal legislatore si sono rivelati interventi deflattivi di natura episodica, soluzioni “tampone” limitatamente efficaci, volte a mitigare il grave problema del sovraffollamento e scongiurare la reiterazione di censure da parte del giudice di Strasburgo

⁸¹ Su tali conseguenze riflette con palpabile amarezza P. POMANTI, *La pena nell'emergenza o la pena dell'indifferenza?*, cit., il quale ha sottolineato come tale «emergenza nell'emergenza» abbia acuito quello «già esistente tra le parole ed i fatti in materia di pena (...) uno scarto ingiustificabile, effetto di quella crisi delle funzioni della pena già da tempo sottolineata in dottrina» (p.2).

⁸² Così il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Bollettino n. 33 del 22 maggio del 2020*: «gli strumenti recentemente introdotti in carcere non dovranno sparire al superamento dell'emergenza: al contrario dovranno far capire come essi possono essere utilizzati (...): un futuro svincolato dal presente (...) è un futuro di non reinserimento possibile».

e degli altri organismi internazionali⁸³. A partire dal 2013, infatti, si è proceduto, come già ricordato, per promuovere l'ampliamento del ricorso alle pene alternative ma mai mediante un approccio strutturale e sempre attraverso la decretazione d'urgenza. La resistenza all'implementazione di azioni coraggiose ha trovato conferma nella legge delega n. 103 del 2017 la quale, da un lato, non permetteva al governo di modificare il catalogo delle pene edittali e, dall'altro, invitava timidamente alle misure alternative in sede di esecuzione, dimostrando come la cosiddetta riforma Orlando presentasse già *ab origine* alcune incongruità di fondo⁸⁴.

Per giunta, anche lo stesso legislatore delegato ha agito in modo poco incisivo. Se, infatti, vanno accolte positivamente le soluzioni adottate nel d.lgs. 121 del 2018, anche con riferimento alla salute del minore detenuto, le modifiche introdotte dai decreti nn. 123 e 124 risultano di minor spessore, poiché il Governo ha dichiaratamente scelto di non intervenire sulle misure alternative alla detenzione, sull'eliminazione degli automatismi preclusivi, e su alcuni aspetti relativi alla ri-disciplina della vita detentiva⁸⁵.

Nello specifico, sotto il profilo della rivalutazione delle preclusioni assolute, è da considerare come, “a monte”, lo stesso delegante avesse già significativamente depotenziato la carica riformatrice fiorita all'interno degli Stati generali⁸⁶. In primo luogo, si è espressamente escluso che la futura disciplina potesse avere ad oggetto il regime detentivo speciale, perdendo un'importante occasione di ricondurre a coerenza costituzionale la regolamentazione del 41-*bis*. Con riferimento alla composita natura dell'articolo 4-*bis* o.p., invece, le potenzialità racchiuse dentro l'articolo 85 lettera e) della legge n. 103 del 2017 appaiono fortemente ridimensionate da una lettura complessiva della previsione. Difatti, l'obiettivo di procedere all' «eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano

⁸³ V. *supra* § 1.

⁸⁴ Cfr. M. RUOTOLO, *Introduzione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Dopo la riforma*, cit., p. 3 ss.

⁸⁵ Il testo elaborato dal governo in via definitiva rappresentava una seconda versione, dopo che lo schema originario di decreto era stato oggetto di un parere negativo da parte delle Camere. Nella dichiarazione illustrativa si evidenzia la volontà di pervenire a «un testo diverso, nelle opzioni di fondo» rispetto a quello originario e dalla scelta espressa di non dare attuazione alla parte relativa alle misure alternative e agli automatismi preclusivi oggetto dell'articolo 85 lett. e) della legge 103 del 2017. Se la soluzione di omettere una revisione delle parti relative alla riforma del sistema sanzionatorio colpisce, ma appare comprensibile alla luce delle diverse vedute di politica criminale presenti nella variegata maggioranza governativa, risulta invece criticabile la scelta di non dare attuazione alla parte relativa all'incrementazione della tutela della salute psichiatrica del detenuto, garanzia in parte colmata, come già osservato, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 99 del 2019 (v. *supra* § 3). Per un approfondimento dell'attuazione della legge Orlando si veda A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., par. 2 e ss.

⁸⁶ Durante i lavori degli Stati generali dell'Esecuzione penale gli articoli 4-*bis* e 41-*bis* sono divenuti oggetto di discussione del Tavolo n. 2 e del Tavolo n. 16. Quest'ultimo proponeva in particolare una rimodulazione della logica del 4-*bis* senza proporre un superamento della premialità del meccanismo ma affiancando al requisito della collaborazione (a cui automaticamente si equipara l'ipotesi della collaborazione impossibile o irrilevante) quella dell'assenza di collaborazione motivata. Con riferimento alla detenzione speciale, il medesimo tavolo di discussione ha proposto un'evoluzione nel senso della piena “giurisdizionalizzazione” del sistema ai fini di ricondurlo a piena conformità con la “matrice costituzionale”. Per una disamina più approfondita della discussione dietro la riforma si veda la ricostruzione di L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 427 ss.

[...]l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato» viene significativamente vanificato dalla prescrizione che esclude tale “flessibilizzazione” per condanne di particolare gravità, puntualmente individuate, e in relazione ai delitti di mafia e di terrorismo internazionale. Proprio perché il 4-*bis* consiste in una previsione composita che unisce al suo interno ipotesi di reato afferenti alla sfera della pericolosità, la disposizione così formulata lasciava piena discrezionalità al governo nell'escludere l'abrogazione delle preclusioni basate sul titolo di reato oltre quelle, espressamente escluse, riguardanti la cosiddetta “prima fascia”⁸⁷.

Sotto quest'ultimo profilo si può affermare come il legislatore d'urgenza abbia agito in linea di continuità con la summenzionata staticità e prudenza propria della disciplina ordinaria, dimostrandosi restio a eliminare quelle limitazioni assolute fondate esclusivamente sul titolo di reato. Tale *modus operandi*, tuttavia, non può che rivelarsi oggi sempre più stridente con quella evoluzione giurisprudenziale, elaborata dalla Corte costituzionale sin dalla pronuncia n. 306 del 1993⁸⁸, e suggellata da significative decisioni del

⁸⁷ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, cit., p. 430.

⁸⁸ Si tratta, com'è noto, di una pronuncia nella quale la Corte costituzionale ha preso atto delle importanti modificazioni normative introdotte nei primi anni Novanta, un mutamento che risultava espressione di una politica criminale chiaramente mossa da esigenze di «prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva». Quest'ultima risultava imperniata sulla riforma dell'articolo 4*bis* o.p., disposizione che nella sua complessa articolazione fungeva - e tutt'ora funge - da importante norma di sbarramento ai benefici penitenziari. Quest'ultimi, infatti, potevano essere concessi per i condannati per reati di cd. prima e seconda fascia mediante la previsione di due meccanismi complementari: da un lato, attraverso un sistema probatorio differenziato (di natura inversa), si prevedeva l'accertamento della effettiva assenza di legami con la criminalità organizzata o eversiva mentre, dall'altro, si stabiliva un limite temporale, consistente nella previsione di un minimo di pena espiata, affinché si potesse avere accesso a tali misure (cfr. sentenza n.68 del 1995). Quest'ultimo requisito, tuttavia, poteva venir meno qualora il detenuto decidesse di collaborare con la giustizia ai sensi della previsione dell'art. 58-*ter* o.p. introdotta dallo stesso d.l. n. 152 del 1991. Tale quadro normativo è stato tuttavia inasprito con l'adozione del d.l. n. 306 del 1992 il quale stabiliva che per i condannati di prima fascia l'accesso al lavoro esterno, ai permessi premio e alle misure alternative, con la sola eccezione della libertà condizionata, potesse essere concesso solo in caso di collaborazione con la giustizia. Con la decisione n. 306 la Corte costituzionale ravvisa come il nuovo sistema si fondi su un sistema più rigido nel quale, a carico di alcune categorie di condannati, vigerebbe un sistema di presunzione di pericolosità che può essere rimosso solo mediante il comportamento attivo del detenuto collaborante: soltanto tale condotta qualificata può assurgere a requisito idoneo a rimuovere la preclusione legislativa. Già in questa sentenza l'organo di garanzia, pur riconoscendo come l'irrigidimento normativo rispondesse a necessità di quel determinato periodo storico, già dubitava della idoneità dell'assolutezza di tale requisito, sostenendo come non potesse «non convenirsi con i giudici *a quibus* quando sostengono che la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione», che «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena» e apparisse «preoccupante» la scelta di procedere ad una «configurazione normativa di “tipi d'autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita». Sulla censura degli automatismi assoluti da parte della Corte costituzionale si vedano anche la sentenza n. 239 del 2014 e la più recente sentenza n. 76 del 2017. Sul punto cfr., tra i molti, P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 737 ss.; G. LEO, *Un nuovo passo della consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 5/2017, parr. 3 e 3.1; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 ottobre 2014, parr. 3-4.

giudice di Strasburgo⁸⁹, volta ad affermare l'incompatibilità fra automatismi preclusivi e il finalismo rieducativo che permea l'ordinamento penitenziario. Tale corollario di rilievo costituzionale rappresenterebbe l'ineliminabile scopo che guida l'esecuzione penale e non è suscettibile di eccezione, dovendo riguardare anche coloro che si sono macchiati di delitti gravissimi. Purtroppo, è negli ultimi anni che la Consulta ha fornito una più compiuta estrinsecazione e operatività a tale indirizzo, chiarendo come è da reputarsi un criterio «costituzionalmente vincolante» l'interdizione di «rigidi automatismi» tali da impedire una «valutazione individualizzata e caso per caso» soprattutto laddove la preclusione derivi da «presunzioni iuris et de iure di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso»⁹⁰. Lo sbarramento sistematico che il quadro normativo più volte riproduce determina, tuttavia, una situazione in cui la finalità punitiva fagociterebbe la dimensione risocializzante, mediante un impedimento soggettivamente prefissato che si rivela «sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena»⁹¹.

La solida direzione intrapresa dalla Corte in questa pronuncia ha poi avuto seguito nelle rilevanti decisioni nn. 253 del 2019 e 97 del 2021 nelle quali l'organo di garanzia ha reso ancora più intellegibile l'incompatibilità fra il quadro costituzionale e l'inflessibilità di quelle previsioni ostative che impediscono o rendono estremamente arduo per alcune categorie di condannati avere accesso ai benefici penitenziari. Nella prima la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-*bis* o.p. nella parte in cui subordinava l'accesso ai permessi premio per determinati detenuti – riconosciuti colpevoli per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. (reati di associazione mafiosa) e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo - al solo requisito di collaborazione con la giustizia. Oggetto dell'intervento chirurgico dell'organo di garanzia è l'eliminazione dell'assolutezza di tale vincolo il quale si fonda sull'idea che dalla mancata disponibilità alla cooperazione con l'autorità pubblica discenda una presunzione di permanente pericolosità del recluso. Occorre precisare, dunque, come la Corte non punti il dito contro la legittima supposizione, legislativamente presidiata, che l'assenza di collaborazione rappresenti un segnale della mancata rescissione del legame con la realtà criminale d'appartenenza quanto il fatto che tale ostacolo non operi in modo relativo, precludendo una valutazione soggettiva da parte del giudice di sorveglianza, il quale non potrebbe che prender atto della preclusione assoluta e rigettare l'istanza⁹².

⁸⁹ Pur non potendo approfondire tale importante giurisprudenza del giudice sovranazionale, si rimanda alle importanti decisioni *Vinter e altri c. Regno Unito e Viola c. Italia*, più volte richiamate anche dalla Consulta nelle pronunce in questione.

⁹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 149 del 2018, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁹¹ *Ibidem*; per un approfondimento di tale profilo di incostituzionalità rilevato dalla Consulta, si rimanda all'autorevole riflessione di S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consultaonline.org*, n. 3/2018, pp. 508-509.

⁹² L'accertamento della irragionevolezza della assolutezza del requisito della collaborazione determina l'illegittimità della previsione e l'introduzione di una soluzione correttiva che, ancora una volta, si fonda sulla presenza di un solido "punto di riferimento normativo"; si agisce, dunque, secondo una linea di intervento che si pone in continuità con quel filone giurisprudenziale tracciato a partire dalla sentenza n. 236 del 2016, opportunamente richiamata dalla Consulta. La

Il medesimo percorso argomentativo è stato sviluppato all'interno dell'ordinanza n. 97 del 2021. Anche in questo caso la riflessione del custode della Costituzione verte sull'assolutezza del vincolo collaborativo il quale, salvo i casi in cui sia accertata la sua impossibilità o inesigibilità, si presenta come unico requisito idoneo, per i responsabili di delitti previsti dall'art. 4-*bis* comma 1, per avanzare una richiesta di accesso alla libertà condizionale. Per i condannati all'ergastolo, osservano i rimettenti, tale automatismo preclusivo si rivelerebbe come una «pena perpetua anche de facto». Dopo aver ripercorso la fitta giurisprudenza nazionale e sovranazionale volta a ricondurre anche la disciplina della reclusione a vita nell'alveo dei principi di risocializzazione e reinserimento, il giudice delle leggi conferma l'irragionevolezza della rigidità di tale via normativa nel momento in cui si pone come unica strada possibile per far venir meno quella insormontabile presunzione di pericolosità che grava sul detenuto⁹³. Purtuttavia, la più «radicale» «posta in gioco» che, a tutta evidenza, si manifesta in tale pronuncia ha spinto l'organo di garanzia ad attingere ancora una volta ai mezzi più sofisticati del suo strumentario e ad adoperare l'ordinanza di rinvio a data fissa⁹⁴, espressamente qualificata come soluzione più opportuna per correggere la disciplina⁹⁵. Difatti, nella parte motiva emerge come l'eliminazione dell'univocità del requisito debba essere parte di una più organica riforma del sistema, poiché interventi meramente demolitivi o consuete formule additive, alla stregua della decisione n. 253, rischierebbero di sacrificare l'altrettanto rilevanti esigenze di prevenzione generale e tutela della sicurezza collettiva di cui il legislatore si dovrà far carico⁹⁶.

Dunque, in conclusione, è innegabile che la disciplina emergenziale non possa essere compresa se non alla luce dell'(in)azione ordinaria dell'Assemblea parlamentare con riferimento all'ambito penale e, più specificamente, penitenziario. Questa tangibile connessione dimostra come, anche in un periodo di crisi

relativizzazione del requisito della collaborazione, infatti, viene accompagnato dall'obbligo di un necessario accertamento della sussistenza di legami con l'organizzazione criminale, terroristica o eversiva, indicazione che si trova già iscritta nello stesso articolo 4-*bis* oggetto di impugnazione e, pertanto, appare un criterio costituzionalmente idoneo (punto 9 del *Considerato in diritto*). Per un approfondimento dei tratti salienti della decisione cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019, par. 3; sulla caduta dell'assolutezza del requisito della collaborazione anche in forza della spinta propulsiva della giurisprudenza sovranazionale si veda A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, pp. 505-506.

⁹³ Cfr. punto 5 e ss. del *Considerato in diritto*.

⁹⁴ Sulla formula decisoria cfr. I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del Parlamento*, in *federalismi.it*, n. 17/2021, p. 175 ss.

⁹⁵ Biasima la via della soluzione sospensivo-cooperativa M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti comparati*, 20 maggio 2021, la quale osserva come proprio la "radicalità" del tema avrebbe potuto giustificare una netta presa di posizione della Consulta sulla questione, data la rilevanza della misura e sotto il profilo strettamente giuridico costituzionale e sul piano assiologico.

⁹⁶ Critico nei confronti di tale differenziazione "ontologica" tracciata dalla Corte fra permessi premio e libertà condizionale, tale da giustificare un differente *modus agendi*, è E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: enfonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021, par. 4, il quale argomenta come, in questi termini, anche l'intervento additivo individuato dalla Corte nella sentenza n. 253 del 2019 appaia debole e al di fuori del vincolo della soluzione costituzionalmente imposta.

eccezionale come quello pandemico, il legislatore abbia riprodotto consueti paradigmi che appaiono inidonei a raggiungere gli obiettivi di indispensabile deflazione e a perseguire un oculato bilanciamento fra i valori in gioco. Inoltre, tali modelli si rivelano manchevoli di fronte all'esigenza di dar effettività alla tutela senza discriminazioni fondate sul titolo di reato. Emerge, dunque, ancora una volta, come l'autorità politica non sembri aver piena contezza del fatto che le problematiche del sistema carcerario debbano essere interpretate non solo in chiave umanitaria ma esprimano, *in primis*, una crisi di natura ideologico-normativa⁹⁷.

Ad ogni modo, la corretta, seppur insufficiente, valorizzazione delle misure alternative che accomuna gli interventi straordinari induce a sperare tiepidamente nel fatto che l'emergenza sanitaria si riveli per davvero uno spartiacque necessario a riaprire quel necessario cammino di cambiamento. Dell'esigenza di un intervento di revisione della pena a tutto tondo, d'altra parte, si è effettivamente ancora una volta preso carico il Parlamento. Parte delle riflessioni emerse anche durante la pandemia sono confluite, infatti, all'interno della recente riforma "Cartabia". Sin dal suo insediamento, la Guardasigilli affermava la necessità di ripensare il sistema sanzionatorio ai fini di operare un superamento del modello "carcerocentrico"⁹⁸. Questo indirizzo ha trovato poi traduzione all'interno della legge delega n. 134 del 2021 che costituisce l'esito di un ampio (ed ennesimo) progetto di modifica in tale ambito. L'ambizioso atto, come indicato al primo comma dell'articolo 1, invita il legislatore delegato ad adoperarsi per porre in essere una «revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell'ufficio per il processo penale» ai fini di assicurare la «semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale». Il provvedimento, che si struttura solamente in due articoli, rispettivamente di 28 e 24 commi, si distingue positivamente per aspirare a un rimodellamento incisivo della materia mediante un'azione su più fronti, in modo razionale⁹⁹, lontano, dunque, da quegli interventi frammentati e caratterizzati da eccessi di populismo che sovente hanno connotato le riforme in tale materia¹⁰⁰.

Una delle priorità individuate dalle Camere è proprio riservata alla ristrutturazione del sistema sanzionatorio con lo scopo di ridurre il protagonismo della pena detentiva. Fra le principali linee di azione

⁹⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2017, p. 5 ss.

⁹⁸ La Ministra Cartabia ha sostenuto, infatti: «Penso sia opportuna una seria riflessione sul sistema sanzionatorio» che conduca «verso il superamento dell'idea del carcere come unica effettiva risposta al reato. La certezza della pena non è la certezza del carcere». La detenzione in carcere «per gli effetti desocializzanti che comporta, deve essere invocata come *extrema ratio*. Occorre valorizzare piuttosto le alternative al carcere»; il discorso della Ministra è parzialmente riportato in *Il Dubbio*, 15 marzo 2021.

⁹⁹ F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema penale*, 8 settembre 2021, p. 3 afferma che l'organicità della riforma è da rinvenirsi proprio nella «coerenza finalistica» che traspare chiaramente dagli obiettivi perseguiti dal legislatore.

¹⁰⁰ A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2 novembre 2021, p. 2.

individuata dall'Assemblea si segnala, in primo luogo, il rafforzamento della pena pecuniaria (art. 1, comma 16), anch'esso meccanismo utile ad affievolire la centralità della dimensione carceraria ma fino a quel momento dotato di scarsa effettività. Nella medesima ottica deve esser letta l'estesa delega concernente la giustizia riparativa che affida al Governo, lasciando ad esso ampia discrezionalità, il compito di introdurre una regolamentazione compiuta che definisca «nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell'interesse della vittima e dell'autore del reato» (art. 1, comma 18)¹⁰¹. Ma, ciò che risulta di maggior rilievo è la disciplina delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi (art. 1, comma 17). Oltre a procedere a una rilevante modifica del catalogo delle stesse, si introducono la semilibertà e la detenzione domiciliare le quali continuano a permanere anche come misure alternative ma, in tal modo, rivelano la loro utilità deflattiva sin dal giudizio di cognizione¹⁰². Più nel dettaglio, è prevista l'eliminazione, fra le sanzioni sostitutive, della semidetenzione e della libertà controllata (lett. a) e la possibilità per il giudice di optare per la semilibertà e la detenzione domiciliare qualora intenda determinare una pena di durata non superiore a quattro anni, ipotesi alla quale si aggiunge il lavoro di pubblica utilità, nel caso in cui la detenzione non superi i tre anni e, in ultima ipotesi, l'applicazione alternativa della pena pecuniaria, entro il limite di un anno (lett. e)¹⁰³.

Si osserva come il legislatore delegante sembri fissare, già nella fase “preliminare” del percorso di riforma, l'importanza delle contrapposte istanze che vengono in gioco nell'applicazione di tali misure: si ribadisce infatti, da un lato, la necessaria connessione fra le sanzioni sostitutive e la finalità rieducativa della pena ma, dall'altro, viene posto l'accento sull'altrettanto primaria esigenza di introdurre «opportune prescrizioni» che garantiscano la «prevenzione del pericolo». Conseguentemente, si invita il governo ad adottare anche un'adeguata disciplina che circoscriva «il potere discrezionale del giudice nella scelta tra le pene sostitutive» (lett. e)¹⁰⁴. La disposizione che, invece, suscita alcune perplessità per la sua oscura

¹⁰¹ Risulta coerente con tale impostazione anche la previsione concernente la modifica relativa all'esclusione della punibilità nel caso di particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.). Con la espressa eccezione riguardante i reati diversi da quelli riconducibili alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, la sua sfera di applicabilità viene estesa mediante la sostituzione del limite della pena detentiva non superiore a cinque anni con la pena detentiva non superiore ai due anni (art. 1, comma 21 lett. a).

¹⁰² Cfr. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Consultaonline.org*, n. 3/2021, p. 830 il quale evidenzia come tale misura risponda a un'esigenza di economicità sotto vari profili: offrendo la possibilità di patteggiare la sanzione detentiva con la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilità, si introduce anche una razionalizzazione dell'iter di fronte al magistrato di sorveglianza, evitando che il detenuto sia costretto ad avere accesso al carcere per poi porsi in attesa della decisione del giudicante sulla misura alternativa.

¹⁰³ Si segnala, tuttavia, il mancato inserimento nella fase di cognizione di un altro istituto cardine delle misure alternative, quello dell'affidamento in prova al servizio sociale, una soluzione che sarebbe potuta risultare innovativa; v. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema penale*, 2 settembre 2021, par. 3.

¹⁰⁴ F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p. 13 osserva, comunque, come nella formulazione scelta andrebbe a celarsi uno degli aspetti più incisivi e rappresentativi della disciplina, quello di lasciare ampio margine di discrezionalità al giudice di cognizione, soluzione che, a sua volta, celerebbe un'evidente “scelta di campo” del decisore

formulazione è quella che invita il delegato a regolamentare «opportunamente» le «condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva» allo scopo di garantire «il coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario per l'accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare» (lett. d)¹⁰⁵. Un'indicazione vaga che sembra alludere alle limitazioni individuate degli articoli 4-*bis* e 58-*quater* della legge sull'ordinamento penitenziario e che lascerebbe all'esecutivo un ampio margine di discrezionalità in una specifica area, quella degli automatismi preclusivi, rispetto ai quali, forse, sarebbe stata opportuna una presa di posizione più netta mediante l'indicazione di un criterio che facesse tesoro anche dei principi emersi nella sopradescritta giurisprudenza.

Ad ogni modo, queste positive aperture che provengono dalla sfera parlamentare si uniscono, inoltre, al prezioso contributo offerto di recente dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita dalla Ministra Cartabia il 13 settembre 2021. Si tratta di un organo creato con il dichiarato fine di avanzare delle proposte utili al miglioramento della qualità della vita nell'esecuzione penale sia per coloro che sono soggetti a privazione della libertà personale, sia per coloro che operano all'interno dell'ambiente carcerario¹⁰⁶. La relazione conclusiva, presentata il 17 dicembre 2021, contiene una pluralità di proposte di emendamento intervenenti sulla normativa primaria e secondaria ma anche progetti di direttive e circolari, essenziali per il compimento di una revisione organica del sistema¹⁰⁷.

politico. Quest'ultimo, nel porre in essere l'auspicata riforma del settore penale, avrebbe avuto davanti a sé due possibili vie: quella più drastica e "coraggiosa" di ridimensionare fortemente la pena detentiva, a prescindere da qualsiasi valutazione concernente la sua intrinseca funzionalità, dando luogo a una svolta storica del sistema; ovvero quella più "intermedia" di rimodellare il ricorso al carcere, subordinando la sua applicazione al criterio della funzione risocializzante, lasciando quindi ad essa uno spazio residuale nei casi in cui risulti compatibile con una finalità rieducativa. Sarebbe quest'ultima, a tutta evidenza, la strada percorsa dal legislatore delegante.

¹⁰⁵ A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, cit., p. 14.

¹⁰⁶ Infatti, come si legge fra gli obiettivi posti a premessa della relazione finale presentata dalla Commissione, l'azione del collegio opera in forza della consapevolezza che il dettato costituzionale contempli l'esistenza di una pluralità di pene ed esiga quanto più possibile un modellamento della sanzione sul destinatario della misura. A tale principio di individualizzazione si accompagna la necessità di intervenire per rendere l'esecuzione della pena detentiva, e lo spazio in cui essa viene scontata, conforme ai principi costituzionali in materia, in modo tale che la vita nell'ambiente carcerario si allontani il meno possibile dalla condizione di colui che è libero, come sottolineato anche dalle Regole penitenziarie europee adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (in particolare cfr. Regole nn. 5 e 6). In questo complesso percorso di revisione volto al miglioramento delle condizioni detentive a tutto tondo, una parte dell'azione è espressamente dedicata a coloro che lavorano all'interno degli istituti penitenziari e al di fuori di essi, la cui attività professionale risulta un aspetto fondamentale della qualità del trattamento e un tassello di primaria importanza per fornir concretezza alla dimensione rieducativa della pena, cfr. Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (d.m. 13 settembre 2021 – Presidente Prof. Marco Ruotolo), *Relazione finale*, 17 dicembre 2021, pp. 4-5, disponibile a https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?facetNode_1=0_2&contentId=COS360093&previousPage=mg_1_36.

¹⁰⁷ Nell'avanzare proposte di modifica, la Commissione ha ritenuto fondamentale intervenire sulle previsioni dell'attuale regolamento penitenziario (d.P.R. 20 giugno 2020, n. 230) nonché agire sulla normativa primaria, in particolare sulla legge sull'ordinamento penitenziario, sul codice penale e di procedura penale, sul d.lgs. n. 286 del 1998 e sulla l. n. 395 del 1990; per una visione puntuale degli emendamenti v. Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (d.m. 13 settembre 2021 – Presidente Prof. Marco Ruotolo), *Relazione finale*, cit., parr. 5 e 6.

Tali importanti disegni di riforma ancora *in fieri*, uniti ai summenzionati orientamenti e “neo-interventismo” del giudice delle leggi in ambito penale, dopo anni di consueto *self-restraint*, inducono a immaginare più concretamente la fattibilità di un percorso normativo che possa dar inizio a una concreta riconduzione della realtà carceraria a piena conformità ai principi costituzionali in materia, dopo anni di “assuefazione” a una condizione di quotidiana emergenza.