



Università degli Studi di Enna “Kore”

Facoltà di scienze Economiche e giuridiche
Corso di Laurea in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA

La detenzione patologica ed il *prison overcrowding*

Allievo:

Valentina Ragona

Relatore:

Ch.mo Prof. Salvatore Curreri

ANNO ACCADEMICO 2017 - 2018

*Ai miei genitori che sono il pilastro della mia vita,
alla nonna Peppa ed a Tonino che vegliano su di me dal Paradiso
e ad Ettore il cui amore è per me fonte inesauribile di felicità.*

INDICE

ABSTRACT IN LINGUA ITALIANA	pag. 5
------------------------------------	--------

ABSTRACT IN LINGUA INGLESE	pag. 6
-----------------------------------	--------

CAPITOLO I

Inquadramento del fenomeno del *prison overcrowding*

I.1	La situazione penitenziaria oggi	pag. 7
I.2	Incidenza delle scelte “carcero-centriche” sull’ <i>overcrowding</i> carcerario	pag. 8
I.3	Il trattamento penitenziario in un’ottica costituzionalmente orientata	pag. 11
I.3.1	Finalità rieducativa ed effettività della sua realizzazione	pag. 11
I.3.2	Rieducazione e divieto di concessione di benefici ex art. 58- <i>quater</i> o. p.	pag. 15
I.3.2	Il principio di umanizzazione	pag. 17
I.3.3	(segue) umanizzazione e sovraffollamento carcerario	pag. 18
I.3.4	<i>Fine pena: 31/12/9999</i>	pag. 20
I.3.5	Divieto di pena di morte	pag. 23
I.3.6	La vita intramuraria è davvero tutelata dal reato di tortura?	pag. 25
I.4	L’anticamera della detenzione	pag. 27
I.4.1	Una piaga dell’ <i>overcrowding</i> : la carcerazione preventiva	pag. 28
I.4.2	(segue) i limiti massimi alla carcerazione preventiva	pag. 31
I.4.3	Le impugnazioni <i>de libertate</i>	pag. 34

CAPITOLO II

Aspetti patologici della detenzione

II.1	I Diritti fondamentali del detenuto	pag. 36
II.1.1	Prospettive di riforma	pag. 39
II.2	Il regime di detenzione speciale ex articolo 41- <i>bis</i> o. p.	pag. 41
II.2.1	Genesi ed evoluzione dell’art. 41- <i>bis</i> o. p.	pag. 43
II.2.2	(segue) cenni sul contenuto	pag. 46
II.2.3	Questioni costituzionali	pag. 47

II.3 La detenzione di persone in precarie condizioni di salute: il caso Totò Riina	pag. 51
II.4 Il Garante Nazionale dei detenuti o delle persone private della libertà personale	pag. 53
II.4.1 Colloquio con il Garante siciliano per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti: Professore Giovanni Fiandaca	pag. 56

CAPITOLO III

***Prison overcrowding* - il sovraffollamento carcerario**

III.1 Fonti europee sul sovraffollamento carcerario	pag. 60
III.2 L'Italia ed il sovraffollamento carcerario	pag. 61
III.2.1 Albori del <i>prison overcrowding</i>	pag. 61
III.2.2 La prima condanna: <i>Sulejmanovic c. Italia</i>	pag. 63
III.2.3 La sentenza pilota: <i>Torreggiani ed altri c. Italia</i>	pag. 65
III.2.4 L'Italia post-Torreggiani	pag. 68
III.2.5 Fotogrammi di attualità	pag. 71
III.3 Il danno da detenzione inumana e degradante	pag. 74
III.3.1 (segue) considerazioni giurisprudenziali	pag. 76
III.4 Intervista all'ex capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria: Dottor Santi Consolo	pag. 79

CONCLUSIONI	pag. 83
--------------------	---------

BIBLIOGRAFIA	pag. 84
---------------------	---------

ABSTRACT

La presente trattazione analizza le disposizioni costituzionali e della “Convenzione europea dei diritti dell’uomo” sul trattamento dei detenuti, raffronta tale base normativa con l’attualità dell’ordinamento penitenziario nonché esamina alcuni casi di detenzione patologica ed in particolare il problema del *prison overcrowding*. Lo studio del sistema penitenziario parte da notizie di attualità e dati statistici che hanno fornito lo stimolo per interessarsi al tema trattato; le fonti maggiormente approfondite sono le sentenze della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, le circolari del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria e gli articoli delle principali testate giornalistiche (specialistiche e non) che hanno trattato il tema della detenzione patologica e sovraffollamento carcerario. Affinché si potesse conferire un taglio pratico alla trattazione chi scrive ha raccolto personalmente informazioni sulla detenzione patologica mediante un’intervista all’ex “Capo del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria” (Dott. Santi Consolo) ed un colloquio con il “Garante siciliano per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti” (Prof. Giovanni Fiandaca) nella convinzione che un contatto quanto più ravvicinato alla tematica permetta di comprendere maggiormente la situazione attuale dell’ordinamento penitenziario e conseguentemente poter apprezzare (o criticare) le scelte del legislatore. Quindi la trattazione principalmente si sofferma sullo studio del sovraffollamento carcerario, problematica ormai risalente in Italia, partendo dalle origini storiche del problema e passando per alcune tappe fondamentali della questione come la dichiarazione dello stato di emergenza del 2010 del Presidente del consiglio dei Ministri, la sentenza Sulejmanovic, la celeberrima sentenza Torreggiani, le pronunce della Cassazione in materia di spazi detentivi, le prospettive di riforma, fino alla sentenza 149/2018 della Corte costituzionale avente ad oggetto la rieducazione e benefici penitenziari.

L’elaborato tuttavia affronta anche ulteriori tematiche come il divieto di pena di morte, la recente introduzione del reato di tortura, le implicazioni della carcerazione preventiva, la tutela del diritto alla salute dei detenuti e le questioni costituzionali sottese all’art. 41-bis o.p..

Senza pretesa di esaustività né di assolutezza, la *ratio* di questo lavoro è capire se gli istituti di pena siano ancora la sede di lesione dei diritti fondamentali dei ristretti oppure se gli sforzi del legislatore volti a rimediare alle problematiche dell’ordinamento penitenziario abbiano reso le carceri luoghi maggiormente conformi ai principi costituzionali in materia di detenzione come la rieducazione del condannato, l’umanizzazione del trattamento e la presunzione di non colpevolezza.

ABSTRACT

This paper analyses the constitutional law and the European Convention on Human Right regarding the treatment of prisoners. It compares the above-mentioned legislation with issues in the penitentiary system and it examines some cases of pathological detention with particular attention to the phenomenon of prison overcrowding.

Current affairs and recent statistics represent both the starting point and stimuli for the study of penitentiary system presented. However a number of primary sources were of utmost importance in the analysis namely the sentences of the Italian constitutional Court and those of the European Court of Human Rights, along with the circulars of the Department of Prison Administration and some articles issued in main newspapers (specialist and not) that have dealt with cases of pathological detention and prison overcrowding.

In order to tackle the issue pragmatically, the author has collected information on pathological detention through an interview with Dr. Santi Consolo, the emeritus Head of the Department of Prison Administration, and with Prof. Giovanni Fiandaca, the Sicilian Guarantor for the protection of the fundamental rights of prisoners. It is indeed believed that a closer contact with the problems of the penitentiary system allows for a better understanding of the current situation and concurrently it offers the basis to appreciate (or criticize) the choice made by the Italian legislator. This paper mainly focuses on prison overcrowding: an old issue in Italy. The phenomenon is considered from its historical origins through some fundamental steps such as the Declaration of the State of Emergency of 2010 by the Present of the Council of Ministers, the sentence Sulemanovic, the famous sentence Torreggiani, the sentence of Italian Supreme Court regarding prison area, the prospect of the reform of the penitentiary system, up to the sentence 149/2018 of the Italian constitutional Court concerning rehabilitation and penitentiary benefits.

This Paper is also concerned with other topics, namely the prohibition of death penalty, the recent introduction of the crime of torture, the implications of preventive detention, the protection of the prisoners' health rights and the constitutional issue about art. 41-bis o. p..

Without pretensions of exhaustiveness or absoluteness, this work aims at evaluating whether legislative efforts undertaken to improve the penitentiary system are succeeding in making prisons more compliant with the constitutional principles on detentions: rehabilitation and humanisation of the treatment, or if prisons remain a place in which the prisoners' fundamental rights are disrespected and denied.

CAPITOLO I

Inquadramento del fenomeno del *prison overcrowding*

I.1 La situazione penitenziaria oggi

Il segretario generale del Sindacato della Polizia Penitenziaria (S.P.P.), Aldo Di Giacomo, ha iniziato il 20 ottobre 2017 uno sciopero della fame, come forma di protesta per le aberranti condizioni delle carceri italiane. Di Giacomo ha coniugato il suo sacrificio fisico con diversi convegni nei capoluoghi d'Italia e presso gli istituti penitenziari, per rendere note le ragioni della sua iniziativa, che continuerà fino al momento in cui non verranno adottate misure di cambiamento che risolvano definitivamente i problemi delle carceri¹. Tra le principali ragioni che stanno alla base della protesta emergono: lo scarso impatto che le misure svuota-carceri hanno avuto sulla piaga del sovraffollamento carcerario (c.d. *prison overcrowding*), le continue vessazioni fisiche e morali cui è sottoposto il personale penitenziario e le risse tra i detenuti che rendono impossibile il regolare svolgimento della vita intramuraria. Queste però sono solo alcune delle cause del malfunzionamento dell'ordinamento penitenziario; infatti non devono passare inosservati i decessi avvenuti negli istituti di pena per cause non chiare, di solito celate dalla scarsa assistenza sanitaria o addirittura da "accidentali" infortuni². Queste sono le cause più note evidenziate dal Centro di Studi "Ristretti Orizzonti" di Padova, il cui compito è quello di monitorare costantemente la situazione delle carceri, nonché analizzare sistematicamente (e tristemente) il fenomeno delle morti dei detenuti e le loro cause, che vedono il carcere come scenografia di questo spettacolo raccapricciante. Solo nel 2017 il numero delle dipartite degli internati ammonta a 100, di cui 46 sono suicidi³. In un contesto così strutturato non sorprende che anche il personale di polizia penitenziaria versi in uno stato di malessere incontrastabile, dal momento che non può adempiere la propria prestazione lavorativa nella tranquillità che in astratto spetterebbe al lavoratore nell'adempimento dell'obbligazione assunta, la conseguenza è inesorabilmente quella del suicidio anche per tale corpo di polizia. In un'intervista Donato Capece, segretario generale del Sindacato Autonomo della Polizia Penitenziaria (S.A.P.P.E.), ha precisato che dal 2000 ad oggi si sono suicidati più di 110 poliziotti e negli ultimi tre anni più di 55⁴.

¹ Notizia resa nota dal sito S.P.P. <http://www.sindacatospp.it/blog/index.php?id=3i6z3ygb> .

² "Morire in carcere: dossier 2000 - 2017"- <http://www.ristretti.it/areestudio/disagio/ricerca/> .

³ Dati aggiornati al 24 ottobre 2017.

⁴ Notizia appresa dal Forum – Poliziotti.it <http://www.poliziotti.it/forum/index.php?topic=24505.0> .

La situazione penitenziaria è ormai ridotta ai minimi termini a causa della sovrabbondanza di detenuti; il contesto è ancor più agghiacciante se si pensa che in una cella di circa 9 metri quadrati sono detenute tre persone, allocati tre letti, un tavolo, tre sgabelli e altrettanti armadietti, per cui residua un insufficiente spazio vitale minimo spettante al detenuto. Oltre ad essere stipati come sardine, i ristretti sono privati di ogni altro spazio come la palestra o il campo polivalente cosicché si possano ricavare nuovi ambienti detentivi. Dette condizioni penitenziarie al limite della vivibilità, sono ormai accettate come ordinario svolgimento della vita carceraria.⁵ Quanto esposto non rappresenta un problema recente, ma ciò che ancora stupisce è che in uno stato di diritto come il nostro manca “empatia con i principi costituzionali”⁶ nella materia penitenziaria, per cui si apre una voragine tra il dettato costituzionale e la realtà carceraria esistente. Lo scorcio di realtà appena prospettato è il punto di partenza per comprendere se ed in che modo il sistema penitenziario tenga conto dei principi fondamentali della pena quali la rieducazione e l’umanizzazione del trattamento, nonché verificare se vengano lesi in qualche modo i diritti inviolabili dei detenuti e per osservare criticamente come il legislatore abbia tentato di risolvere il problema dell’*overcrowding*.

I.2 Incidenza delle scelte “carcero-centriche” sull’*overcrowding* carcerario

Prima di analizzare le disposizioni costituzionali sulla pena, è utile osservare *perché* è necessario lo *ius puniendi* dello Stato ed in che modo deve realizzarsi. Sono passati più di due secoli da quando Beccaria⁷ scrisse *Dei delitti e delle pene*, ma i principi penalistici da lui evidenziati sono tuttora attuali. Questi ritenne che prima dell’avvento delle leggi, le passioni dell’uomo dominavano il substrato sociale, sfociando in continui disordini che non permettevano l’armonioso vivere dei consociati. Per ristabilire l’ordine il sovrano promulgava delle leggi, ma la formazione della base legislativa non bastava ad evitare il compimento di nefandezze da parte degli individui; perciò per rafforzarne il rispetto si introducevano le pene “contro agl’infrattori delle leggi”⁸.

Tuttora le pene sono previste per dissuadere i condannati dal ricommettere attività delittuose, ma la pena non può incarnare solamente la retribuzione e quindi essere riduttivamente la conseguenza del comportamento deviato del reo, ma deve anche prefiggersi il fine di risocializzarlo (*infra*, cap. I par. 3.1). Inoltre, il diritto di punire vantato dallo Stato non è dilatabile all’infinito; di conseguenza, per evitare

⁵ Cfr. D. Pelanda, *Mondo recluso*, ed. Effatà, Cantalupa (To), 2010.

⁶ Così D. Stasio, *Il carcere e quell’assenza di empatia con la Costituzione*, *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it/articolo/il-carcere-e-quell-assenza-di-empatia-con-la-costituzione_12-06-2017.php, 2017.

⁷ Giurista appartenente all’illuminismo italiano.

⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi), Torino, ed. Einaudi, 1965, p. 11.

sconfinamenti nella materia penale, occorrono delle tutele. Infatti, la Costituzione enuclea una serie di principi volti a conciliare tra loro lo *ius puniendi* dello Stato, i diritti dei condannati e le finalità dell'ordinamento penitenziario.

Partendo dalla trattazione di Beccaria, la prima conseguenza costituzionale dell'esteriorizzazione della potestà punitiva è che essa deve discendere dal legislatore, in quanto organo rappresentativo della volontà popolare; quindi solo il Parlamento, nell'esercizio del suo potere legislativo, può determinare le leggi penali e le sanzioni ad essa connesse, secondo il principio di legalità penale, ex art. 25 Cost.⁹, che con le sue implicazioni garantiste supporta i meccanismi sanzionatori.

La maggior parte delle sanzioni ha incidenza sulla libertà personale dell'uomo che può essere violata “nei soli casi e modi previsti dalla legge” in base all'art. 13, 2° comma Cost. Pertanto, le situazioni coercitive possono realizzarsi solo nei casi *tassativamente* previsti dalla fonte primaria. E' chiaro quindi che “il principio di legalità nasce dalla doppia necessità di garantire tanto la sicurezza giuridica dei cittadini quanto la loro libertà di fronte agli abusi derivanti dall'esercizio arbitrario dello *ius puniendi* da parte dello Stato¹⁰”.

Tuttavia, posto che le sanzioni sono necessarie al mantenimento della sicurezza della popolazione, che è un vero e proprio diritto umano¹¹, emerge la propensione del legislatore a politiche di tipo “carcero-centriche”, che svalutano l'importanza delle misure alternative alla detenzione. Sulle scelte repressive si può ardire ad affermare che nell'ultimo ventennio il legislatore ha adottato una spiccata politica di eccessiva carcerazione, che è stata una delle cause del *prison overcrowding*. A titolo di esempio si fa menzione delle conseguenze che ha generato l'entrata in vigore della legge Fini-Giovanardi (l. 49/2009), che parificando le droghe leggere a quelle pesanti, ha inasprito il trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti. Nel 2014 la Corte costituzionale, con sentenza n. 32 del 12 febbraio, ha dichiarato incostituzionale detta legge e ad un anno dalla pronuncia si era già registrata una diminuzione di popolazione carceraria di più di 5000 unità di detenuti! E' stato subito positivo impedire la carcerazione per i casi di lieve entità¹².

⁹ L'art. 25 Cost. al comma 2 stabilisce che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”, concretizzando il principio di legalità. Tale principio si scompone in ulteriori quattro principi, che sono: la riserva di legge, la tassatività, la sufficiente determinatezza della fattispecie e l'irretroattività della norma penale.

¹⁰ Traduzione personale . S. Huerta Tocildo, *Revista Espanola de Derecho Consitucional* Septiembre – Diciembre nùm. 39 , Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

¹¹ L'esigenza di sicurezza dei cittadini, che è un vero e proprio diritto umano come si deduce immediatamente dalla lettura dell'art. 22 della *Universal declaration of Human Right* che statuisce “everyone (...) has the right to social security”.

¹² Cfr. C. Di Biase, *Droghe, il carcere dopo l'abolizione della legge Fini-Giovanardi*, Il Fatto Quotidiano, 20 ottobre 2015 <https://www.ilfattoquotidiano.it/2015/10/20/droghe-il-carcere-dopo-labolizione-della-fini-giovanardi/2141666/> .

In tale contesto si inserisce il pensiero del Prof. Marco Ruotolo¹³ che in una delle sue molteplici riflessioni sul problema dei detenuti, percepisce che il primo passo alla soluzione del problema del sovraffollamento è studiare le circostanze che lo hanno generato, per scongiurare il rischio che esso si ripresenti. Quindi, prima di elaborare nuove misure svuota-carceri, a monte deve svolgersi un'attenta analisi sulle fattispecie penali che necessitano di una repressione più severa, dalla quale conseguirà a valle una riconsiderazione delle modalità sanzionatorie da predisporre per quel bene giuridico da proteggere. Tale ponderazione è necessaria perché troppo spesso in termini sanzionatori si realizza "l'equazione *pena=carcere*" quando, invece, sarebbe opportuno valorizzare quelle sanzioni che hanno la finalità di rieducare e reinserire *realmente* il condannato nel contesto sociale. La pena detentiva dovrebbe quindi essere sussidiaria rispetto alle altre alternative punitive. Difatti, l'art. 27 Cost. menziona le "pene" (al plurale), proprio per evitare il sistematico ricorso alla "pena", cioè ad una misura sanzionatoria standard prevista per ogni reato. Detta disposizione si riferisce perciò ad un diverso ventaglio di alternative punitive per il reo¹⁴. Sembra futile ricordare (ma non lo è) che la pena detentiva e la misura cautelare in carcere, in quanto fortemente limitative della libertà personale, debbano essere disposte solo sussidiariamente, anche tenuto conto delle drammatiche evidenze cui si è fatto riferimento, che collassano con i profili costituzionali della pena (*infra*, cap. I par. 3). Urge quindi una riconsiderazione da parte del legislatore di quei beni giuridici che, se lesi, necessitano della carcerazione per il condannato. Sarebbe auspicabile una modifica del codice penale che preveda maggiormente il ricorso a modalità sanzionatorie alternative alla detenzione. Ignorando tale possibilità la pena detentiva seguirà ad essere applicata ordinariamente, e non come *extrema ratio*.

Nella prassi non è semplice riuscire a coniugare il dettato costituzionale con la realtà carceraria ed i ripetuti inviti alla *governance* di adottare decisive misure legislative per fronteggiare l'*overcrowding* carcerario, non si traducono in scelte determinanti che facciano avvizzire la pianta del sovraffollamento in maniera definitiva. E' interessante notare che Ruotolo prospetta persino la possibilità del *numerus clausus* di capienza degli istituti di pena e cioè la predeterminazione di un tetto massimo di detenuti in entrata, per cui ad ogni nuovo internato conseguirebbe la liberazione di un condannato già in stato di detenzione¹⁵. Il meccanismo poggia sull'intento di realizzare un trattamento penitenziario che non sia inumano e degradante, come attualmente accade, rispettando la dignità del detenuto purché non venga trascurata una valutazione individuale della pericolosità dell'internato da liberare. Si potrebbe obiettare che un simile meccanismo sia lesivo del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. dal momento che potrebbe profilarsi una differenziazione tra

¹³ Università degli Studi "Roma Tre".

¹⁴ Cfr. M. Ruotolo, *La detenzione ed i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, *Costituzionalismo*, www.costituzionalismo.it/articoli/511/, 2015.

¹⁵ Cfr. M. Ruotolo, *Emergenza carcere*, *Costituzionalismo*, www.costituzionalismo.it/notizie/498/, 2010.

le condizioni detentive dei ristretti, che non sconterebbero la stessa pena a causa della collocazione in strutture diversamente capienti tra loro. Tuttavia in base al secondo comma dell'art. 3 Cost. è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini; si consideri che la detenzione in celle inadeguate a contenere un cospicuo numero di internati si traduce in una condizione che limita di fatto l'uguaglianza tra detenuti, ed integra una violazione dell'art. 27 comma 3 Cost., per cui ammettendo che con l'introduzione del *numerus clausus* un detenuto potrebbe essere collocato presso una struttura penitenziaria più capiente rispetto ad altre strutture minori, verrebbero comunque rimosse (o attenuate) le condizioni detentive che limitano l'uguaglianza tra detenuti, che violano il principio di umanizzazione della pena ed il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, oltretutto un minore numero di internati renderebbe più agevole la predisposizione dei programmi individualizzati di rieducazione.

Naturalmente una tale prospettiva necessita della collaborazione legislatore, per cui si conferma il rilievo delle scelte repressive sul problema del sovraffollamento. Non è di secondaria importanza l'affluenza di popolazione carceraria scaturente dalle lungaggini della giustizia italiana. Dalle statistiche (*infra*, cap. I par. 3.2 e 3.3), infatti, emerge come un ingente numero di detenuti sia ancora in attesa di giudizio; a tale evidenza corrisponde il silenzio del legislatore nel fronteggiare l'abuso al ricorso alla carcerazione preventiva e ad impedirne l'uso in forma di anticipazione della pena. Si noti un'ulteriore causa di *overcrowding*, emersa in una recente intervista a Santi Consolo, Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, il quale ha spiegato che "il sovraffollamento delle nostre carceri è figlio della presenza di detenuti stranieri, che potrebbero scontare la pena nei loro Paesi di origine"¹⁶. Nella stessa sede ha affermato il suo personale impegno affinché i Paesi stranieri si interessino in prima persona dei loro cittadini che scontano nel nostro Stato una pena detentiva. Lamentando il mancato appoggio con Romania ed Albania, precisa che al fine di tutelare i diritti umani dei ristretti, ogni ordinamento giuridico deve assumersi le proprie responsabilità.

I.3 Il trattamento penitenziario in un'ottica costituzionalmente orientata

I.3.1 Finalità rieducativa ed effettività della sua realizzazione

Una norma fondamentale in tema di pene è sicuramente l'art. 27 Cost. Infatti, dalla sua lettura si evince un concetto di pena che segna il ritorno al sistema penale Zanardelli, vigente durante lo Stato liberale. Le teorie sulla funzione della pena erano

¹⁶ M. Proietti, intervista al Capo del Dap: *I detenuti stranieri scontano la pena nel loro Paese d'origine*, Il Giornale, 27 giugno 2017, cit. , <http://www.ilgiornale.it/news/cronache/i-detenuti-stranieri-scontano-pena-nel-loro-paese-origine-1413978.html> .

già state affrontate in quel contesto, così come quelle sul rifiuto delle torture e della pena di morte. Tuttavia, la successiva esperienza fascista generò il disconoscimento di detti principi cardine della materia penitenziaria e solo con i lavori dell'Assemblea Costituente e conseguentemente con l'entrata in vigore della Costituzione si ritornò alle impostazioni liberali.

La scelta di costituzionalizzare la funzione rieducativa della pena implicò un importato scambio di vedute tra i componenti della Costituente, che vide contrapporsi i difensori della funzione retributiva della pena ed i difensori della funzione rieducativa. La scelta del testo finale fu un compromesso tra le interpretazioni contrapposte; in sede di dibattito dell'Assemblea Costituente era emersa difatti la posizione di chi prediligeva un'interpretazione più ampia dell'articolo secondo cui si escludeva la responsabilità per fatto altrui e dall'altro lato vi erano i sostenitori di un'interpretazione più restrittiva di responsabilità. In seguito ad ulteriori scambi di vedute e compromessi il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità è stato anteposto al principio della rieducazione; si intuisce, quindi, che i difensori della funzione retributiva attuarono dei tentativi di moderazione della portata della finalità rieducativa della pena¹⁷.

L'art. 27, 3° comma Cost. statuisce che “le pene (...) devono tendere alla rieducazione del condannato”. Questa disposizione, sebbene possa sembrare di immediata comprensione, nel corso del tempo è stata variamente interpretata. La dottrina contemporanea alla Costituzione, facendo leva sul dato testuale, ritenne che la pena dovesse *tendere* alla rieducazione del condannato, nel senso che il fine primario della pena era la retribuzione, mentre la rieducazione veniva marginalizzata come fine eventuale¹⁸. L'inversione di rotta interpretativa è stata determinata dalla legge 26 luglio del 1975 n. 354 in materia di ordinamento penitenziario e di esecuzione delle misure privative della libertà personale, che ha reso effettivi i principi contenuti nell'art. 27 Cost. ed in generale le disposizioni costituzionali sulle pene e sul trattamento dei detenuti. Da questo momento, difatti, si realizza un cambiamento interpretativo che intende la rieducazione come finalità primaria della pena. La conferma di detta impostazione si evince dallo stretto collegamento tra l'art. 27, 3° comma Cost. e l'art. 1 ultimo comma o. p. il quale prescrive che a favore dei condannati e degli internati deve essere realizzato un trattamento di rieducazione che abbia come obbiettivo il reinserimento del detenuto nel contesto sociale. Questa impostazione concretizza la rivalutazione dell'internato in prima battuta come persona, che diviene il baricentro dell'intero sistema penitenziario, sia in qualità di condannato che in qualità di persona sottoposta a custodia cautelare. Potenziando il concetto di detenuto come essere umano che deve essere rieducato, si abbandona l'idea di sanzione intesa come castigo avvilente.¹⁹

¹⁷ Cfr. R. Bifulco- A. Celotto- M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Milanofiori Assago (Mi), ed., Utet giuridica, 2006.

¹⁸ Cfr. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale parte generale*, Torino, ed. Zanichelli, 2014.

¹⁹ Cfr. F. Della Casa – G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. Cedam, Vicenza, 2015.

In particolare, la rieducazione coincide con la risocializzazione del condannato e rimanda a qualcosa di più pregnante rispetto al semplice ravvedimento interiore; essa ha l'obiettivo di convertire il reo da individuo ribelle in soggetto capace di vivere nel contesto sociale, implicando quindi il suo reinserimento nella società civile²⁰. In base all'art. 14 l. 354/75, affinché si possa predisporre un idoneo programma rieducativo, è necessario che il personale penitenziario esamini la personalità degli internati mediante il "colloquio di primo ingresso", così da allestire un trattamento rieducativo che riesca a fronteggiare le difficoltà di adattamento sociale dell'internato che lo hanno indotto a delinquere, pianificando quindi un trattamento penitenziario individualizzato. Esiste una stretta correlazione tra lo studio della personalità dell'internato e la buona riuscita del programma di trattamento, che può essere predisposto anche in gruppi di detenuti, purché il raggruppamento non sia da ostacolo alla concretizzazione di detto programma. L'art. 15 l. 354/75 disciplina la modalità di realizzazione vera e propria del trattamento rieducativo che si concretizza mediante attività di varie tipologie: istruttive, culturali, sportive, lavorative e per mezzo di rapporti col mondo esterno ed i familiari. Assodata l'importanza che si attribuisce al mantenimento delle relazioni con i familiari, che fungono più da supporto morale che da trattamento rieducativo e confermata la valenza della cultura, dello sport e del lavoro quali fattori indefettibili di arricchimento della persona, è opportuno operare un approfondimento sulle modalità di realizzazione vere e proprie del programma predisposto dagli istituti di pena.

In materia di rieducazione dei condannati è interessante soffermarsi sullo studio *Rehabilitation and Recidivism: Evidence from an Open Prison*²¹ effettuato dal prof. Gianni Mastrobuoni²² e da Daniele Terlizzese²³. Trattasi di un'analisi in termini statistico-economici volta a comprovare che il trattamento rieducativo effettivamente realizzato genera responsabilizzazione del detenuto, il quale alla fine della pena mostra una minore inclinazione verso la reiterazione di attività delittuose, rispetto ai detenuti che hanno scontato una pena detentiva priva di un'effettiva rieducazione. Lo studio verte sull'analisi della Casa di reclusione Milano-Bollate (inaugurata alla fine degli anni 2000) che rappresenta l'unica forma in Italia di "prigione aperta", ed una delle poche esistenti al mondo²⁴. Difatti, in questa struttura le celle dei detenuti vengono aperte durante il giorno, permettendo loro di muoversi con una minima supervisione, anche grazie all'uso di badges elettronici. I detenuti a Bollate lavorano attivamente, oppure possono apprendere un mestiere, completare i livelli di istruzione scolastica, imparare l'inglese ovvero frequentare corsi di informatica. Questa realtà sembra molto

²⁰ Cfr. S. Curreri, *Lezioni sui diritti fondamentali*, 2015.

²¹ G. Mastrobuoni – D. Terlizzese, *Rehabilitation and Recidivism: Evidence from an Open Prison*, http://www.ristretti.it/commenti/2017/giugno/pdf4/articolo_mastrobuoni.pdf, 2014.

²² University of Essex.

²³ Einaudi Institute of Economics and Finance – Banca d'Italia.

²⁴ Tra le altre "prigioni aperte" si ricordano: Bastøy in Norvegia, Suomenlinna Prison in Finlandia, HM Prison Ford in Inghilterra.

lontana dall'idea della prigione tradizionale, ma effettivamente i due ricercatori hanno dimostrato che essa riesce a preparare gli internati alla loro reintegrazione nella società, riducendo effettivamente la possibilità che essi tornino a delinquere, rispetto ai detenuti provenienti dal sistema tradizionale delle “celle chiuse”. Lo studio si è focalizzato sulla comparazione tra la Casa di Reclusione di Bollate ed alcuni istituti penitenziari del milanese²⁵, dimostrando come effettivamente il primo sia un modello esemplare, esportabile nel resto dell'Europa e del mondo. Il suddetto carcere prevede un tempo da dedicare al trattamento rieducativo triplo rispetto alla media degli altri istituti di comparazione (la media di 12 ore a Bollate contro le 4-5 ore degli altri istituti). Ulteriore dato positivo emerso dall'analisi della Casa di reclusione di Bollate è la percentuale negativa di *overcrowding* carcerario (-21%); si tratta, quindi, dell'unica struttura in Italia a non versare in una situazione di sovraffollamento. Lo studio evidenzia, inoltre, che le carceri tradizionali si rivelano psicologicamente insostenibili, generando maggiori percentuali di recidiva rispetto all'esperienza di Bollate, che ha come obbiettivo quello di evitare che i detenuti tornino a delinquere. Infine, si evidenzia che questo è l'unico carcere che offre “condizioni che non infrangono la dignità umana e che offrono significative attività occupazionali e programmi di trattamento per i detenuti, che preparano per la reintegrazione (e che) sembrano decurtare effettivamente la recidiva²⁶”. Tuttavia l'esperienza di Bollate rappresenta un *unicum* nel panorama penitenziario italiano. La finalità rieducativa della pena deve essere studiata alla luce del problema dell'*overcrowding* carcerario, che oltre ad integrare un trattamento contrario al senso di umanità, non permette di concretizzare le attività di risocializzazione per un numero esorbitante di detenuti. Sembra infatti illusorio credere nella rieducazione di un soggetto che sconta la propria condanna in istituti di pena le cui condizioni di vivibilità si pongono sotto la soglia minima tollerabile, per cui risulta quindi impossibile credere che possa concretizzarsi una risocializzazione nel senso più profondo del termine. A peggiorare la situazione influisce la cronica e patologica assenza del personale preposto alla realizzazione del trattamento rieducativo: psicologi, psicoterapeuti, educatori e la numerica carenza del personale penitenziario, che indica *de facto* un vero e proprio abbandono degli internati.

Si noti come i ristretti dovrebbero intraprendere effettivi percorsi di risocializzazione in base al dettato costituzionale, ma nella prassi sono ammassati e rinchiusi nelle celle ad aspettare passivamente che la pena finisca. Complici di ciò sono anche le politiche “carcero-centriche” che dovrebbero assicurare i cittadini mediante la carcerazione ad oltranza ed invece, si risolvono solamente nel piazzare detenuti nelle celle e stiparli gli uni sugli altri; ovviamente questo processo non permette la

²⁵ Gli istituti di comparazione coinvolti nello studio sono I carceri di: Milano “San Vittore”, Milano “Opera”, Istituto di Monza, Istituto di Busto Arsizio, Istituto di Como, Istituto di Bergamo, Istituto di Varese, altri istituti minori (non specificati) – Tabella 1 – Fonte: G. Mastrobuoni – D. Terlizze, *Rehabilitation*, op. cit. .

²⁶ G. Mastrobuoni – D. Terlizze, *Rehabilitation* op. cit. .

realizzazione del percorso rieducativo e delude l'aspettativa di sicurezza dei cittadini, dal momento che il detenuto alla fine della sua condanna non avrà interiorizzato alcuna risocializzazione, che lo renda pronto ad essere reinserito nella società²⁷. Anche per ragioni di economia criminale non sembra conveniente continuare su questa falsariga, perché la risultante è solo il peggioramento della personalità di chi ha fatto ingresso in cella. Se fosse intesa la pregnanza del problema, già da subito verrebbe attuata una politica di “decarcerazione” smettendo di appellarsi all'equazione carcere=sicurezza.

I.3.2 Rieducazione e divieto di concessione di benefici *ex art. 58-quater o. p.*

Il trattamento rieducativo *ex art. 15 o. p.* concerne una serie di opportunità risocializzanti che l'amministrazione penitenziaria predispone nei confronti dei ristretti; il programma rieducativo consta maggiormente di attività culturali, sportive, lavorative, nonché di occasioni di contatto con la vita *extra-muraria* mediante la concessione di benefici come ad esempio i permessi premio *ex art. 30-ter o.p.*²⁸.

A proposito di tali attività è interessante analizzare la recentissima sentenza della Corte Costituzionale del 11 luglio 2018, n. 149. In particolare il giudice *a quo* del Tribunale di sorveglianza di Venezia aveva sollevato in riferimento agli articoli 3 e 27,3° comma della Costituzione questione di legittimità costituzionale dell'*art. 58-quater*, 4° comma *o.p.* nella parte in cui prevede che i condannati per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art. 630 c. p.* che abbiano cagionato la morte del sequestrato non sono ammessi ai benefici enucleati dall'*art. 4-bis o. p.*²⁹ se non hanno scontato “i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni”.

In generale le soglie temporali per accedere ai benefici di carattere premiale possono essere anticipate di alcuni semestri in base ad un calcolo proporzionalmente connesso con i semestri in cui il condannato abbia attivamente partecipato al programma rieducativo, traendo risultati positivi.

La Corte è stata chiamata ad analizzare la legittimità dei limiti temporali che vietano la concessione dei benefici prima di un preciso termine per i condannati di sequestro di persona a scopo di estorsione che abbiano cagionato la morte del soggetto passivo del reato, anche quando il condannato ne fosse meritevole. Il giudice *a quo* ha ritenuto che questa disciplina derogatoria fosse irragionevole a causa della disparità di trattamento penitenziario rispetto ad altri detenuti che essa sottende e quindi lesiva dell'*art. 3 Cost.* nonché pregiudicante la funzione rieducativa della pena sancita dall'*art. 27, 3° comma Cost.*

²⁷ Cfr. D. Pelanda, *Mondo recluso*, ed. Effatà, Cantalupa (To), 2010.

²⁸ Cfr. S. Consolo, *Codice penitenziario commentato*, ed. Laurus Robuffo, Roma, 2016.

²⁹ Attiene al divieto di concessione dei benefici come l'assegnazione al lavoro all'esterno, la fruibilità dei permessi premio e le misure alternative alla detenzione.

La Corte ha ritenuto fondata la questione perché l'art. 58-*quater* 4° comma o. p. così strutturato finisce per svilire l'importanza della funzione rieducativa della pena, per cui, partendo dalle considerazioni già svolte nella sentenza n. 204 del 1974, ha valorizzato l'importanza della continua verifica dell'efficacia del programma rieducativo sul detenuto. Inoltre, richiamando la sentenza n. 189 del 2010, ha ribadito l'importanza di evitare l'applicazione di automatismi nell'attribuzione dei benefici penitenziari ritenuti incompatibili con l'assetto costituzionale del nostro ordinamento. La Corte Costituzionale si è collegata anche alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁰ che hanno valorizzato il fondamentale principio della dignità umana da trasfondere nella disciplina penitenziaria e strettamente connesso all'effettività della risocializzazione del condannato del condannato a pena perpetua.

La Corte Costituzionale, preso atto delle proprie precedenti pronunce e ponendosi in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha precisato che "la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento" conferendo così valore alla rinnovata personalità del condannato che abbia interiorizzato il programma rieducativo ed abbia preso le distanze rispetto ai motivi che lo hanno indotto a delinquere allineandosi con i valori basilari del vivere civile. La stessa Corte ha valorizzato non solo l'importanza dell'interiorizzazione di tali valori, ma anche l'importanza del ruolo che la società stessa riveste nel rendere possibile tale interiorizzazione la quale deve creare stimoli e spingere il condannato verso il ravvedimento agevolando il suo reinserimento all'interno della stessa.

Per questi motivi la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* 4° comma o. p. nella parte in cui vieta ai condannati per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione che non abbiano scontato almeno i due terzi della pena prevista o ventisei anni, in caso di condanna all'ergastolo, di accedere ai benefici penitenziari prima di questi termini.

La sentenza ha riscosso un notevole apprezzamento in prima battuta dalla radicale Rita Bernardini, seguita dal plauso del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che ha espresso un'opinione positiva sulla spinta alla valutazione del progresso di risocializzazione del detenuto che la sentenza sottende, il che implica un notevole balzo in avanti nell'effettiva realizzazione della finalità rieducativa della pena³¹.

³⁰ *Vinter e altri c. Regno Unito* ; 9 luglio 2013.

³¹ Cfr. Redazione, *Benefici penitenziari. Plauso del Garante nazionale per la sentenza della Corte costituzionale* 149/2018, Agen Press, 11 luglio 2018, <https://www.agenpress.it/notizie/2018/07/11/benefici-penitenziari-plauso-del-garante-nazionale-per-la-sentenza-della-corte-costituzionale-149-2018/>.

1.3.3 Il principio di umanizzazione

“Chi nel leggere le storie non si raccapriccia d’orrore pe’ barbari ed inutili tormenti che da uomini (...), furono con freddo animo inventati ed eseguiti?”³². Beccaria si accosta alla pena affrontando la questione sulla modalità della sua concretizzazione. Il giurista fa menzione della “dolcezza delle pene” e mediante tale ossimoro tenta di conciliare due mondi incommensurabili: la dolcezza e la sanzione penale. La sua analisi però non è illusoria, perché Beccaria intuisce che l’infallibilità della pena non è collegata al maggiore terrore che essa incute; piuttosto ritiene che seppur minimo il male inflitto, deve comunque tradursi in certezza ed è questa la vera efficacia della sanzione³³. Il timore della pena ha perciò a che fare con la vincolatività che i consociati ripongono in essa e non con la sua durezza. Quindi una sanzione durissima non si configura come valido deterrente alla delinquenza e comunque le modalità sanzionatorie non possono spingersi oltre i limiti fissati in Costituzione. L’art. 27 Cost., oltre a fare menzione della finalità rieducativa della pena, estrinseca il *principio di umanizzazione* stabilendo che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”. Allo stesso modo l’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE precisa che “nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti”. Dette disposizioni hanno la finalità di rispettare la persona del condannato e la sua dignità personale, compatibilmente con l’esecuzione del trattamento penale nella struttura detentiva³⁴. Pertanto, posto che il condannato versi in uno stato di privazione della libertà personale, la Costituzione e le carte internazionali precisano in termini negativi come deve manifestarsi lo *ius puniendi*; infatti, non sono ammissibili maltrattamenti, vessazioni psicologiche e soprusi fisici sulle persone private della libertà personale, per evitare che l’esperienza carceraria, di per sé incidente negativamente sull’identità del detenuto, si risolva in una vera e propria tortura (*infra*, cap. I par. 3.6) per il condannato. Come ulteriore garanzia, l’art. 13, 4° comma Cost. dispone che è punita ogni forma di violenza esercitata nei confronti delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale. Il legislatore ha reso effettiva la portata di tale disposizione costituzionale mediante l’introduzione di norme *ad hoc* nell’ordinamento giuridico; si ricordi a tal proposito l’art. 608 c.p. che punisce “il pubblico ufficiale, che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta”.

Alla base del principio di umanizzazione della pena si trova la dignità personale, garantita dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea che si apre con un intero capo dedicato alla dignità. Lo stesso art. 1 sancisce solennemente che “la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”. Storicamente Kant intese la dignità umana come “divieto di strumentalizzazione” dell’uomo, deplorando ogni forma

³² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi), Torino, ed. Einaudi, 1965, p. 61 .

³³ Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti* op. cit. .

³⁴ Cfr. R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Milanofiori Assago (Mi), ed., Utet giuridica, 2006.

di trattamento che avrebbe potuto assimilarlo ad un oggetto. L'importanza di questo valore è stata avvertita maggiormente alla luce delle terribili esperienze storiche perpetratesi durante il periodo fascista. Oggi la dottrina dominante ritiene che la tutela della dignità personale si realizzi impedendo "che l'essere umano venga umiliato" ed in effetti l'interpretazione si rivela corretta poiché la lesione della dignità umana è collegata alla mortificazione ed all'avvilimento dell'individuo, che si realizzano in diverse modalità: discriminazione, maltrattamenti, sterminio e tortura. La lesione della dignità genera nel soggetto leso la percezione dell'altrui disprezzo e della propria degradazione³⁵. Dall'analisi di quanto detto ben si comprende come il corretto svolgimento della vita carceraria non può mai porsi in contrasto con la dignità umana, perché si tradurrebbe in una forma di vessazione generante ulteriore afflizione rispetto alla già tormentata condizione di reclusione. La struttura detentiva, benché nascente per finalità punitive, rimane pur sempre un luogo in cui si svolge la personalità dell'individuo ex art. 2 Cost. Lo stesso vertice del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Santi Consolo, a tal proposito, ha puntualizzato che il rispetto della dignità del recluso costituisce il punto di partenza per l'esecuzione della pena detentiva. Consolo in prima persona si prefigge una politica di recupero dei detenuti mediante il lavoro creando la dimensione ideale per valorizzare la dignità umana.³⁶

La Costituzione e le carte internazionali valorizzano pertanto il principio giuridico della dignità umana, ma nella realtà penitenziaria questa non trova effettiva protezione anzi viene sistematicamente violata nelle condizioni di *overcrowding*. La conferma di tali violazioni è corroborata nelle raccapriccianti statistiche che seguono.

I.3.4 (segue) umanizzazione e sovraffollamento carcerario

La Corte di Strasburgo ha spesso censurato l'Italia³⁷ per le condizioni di *overcrowding* penitenziario in cui versano le sue strutture penitenziarie, dal momento che non tenere conto della capienza effettiva degli istituti di pena, e conseguentemente continuare a collocare detenuti all'interno delle carceri, implica l'invivibilità della situazione coercitiva. Inoltre dalle condanne della Corte emerge a chiare lettere che l'*overcrowding* integra un trattamento inumano e degradante in contrasto con i diritti fondamentali dell'uomo e con i principi costituzionali della pena.

³⁵ Cfr. F. Belvisi, *Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento*, ed. Giappichelli, Torino, 2012.

³⁶ E. Novi, intervista al Capo del DAP: *La svolta di Santi Consolo: "possibilità di lavoro per tutti i detenuti"*, 27 agosto 2017, Il Dubbio, <http://ildubbio.news/ildubbio/2017/08/27/71744-santi-consolo/>.

³⁷ Il caso più eclatante si è profilato nel 2013 con la sentenza Torreggiani, la cui trattazione è prevista nel dettaglio nel capitolo III par. 2.3.

Prima di continuare a puntare il dito contro lo Stato italiano occorre verificare se effettivamente le strutture detentive italiane versino ancora in una situazione di sovraffollamento.

L'analisi che segue compara il numero dei detenuti effettivamente presenti negli istituti di pena con la capienza regolamentare di tali istituti. In particolare per capienza regolamentare si intende l'estensione di 9 m² di area spettante al singolo detenuto. I due termini di paragone sono stati analizzati comparando la situazione delle carceri emersa dal 30 settembre 2016³⁸ al 30 settembre 2017³⁹. Nel 2016 la capienza regolamentare degli istituti penitenziari era di 49.796 detenuti, ma il numero totale dei presenti era di 54.465, la sovrabbondanza di detenuti ammontava quindi a 4.669 unità. In termini percentuali possiamo stimare un sovraffollamento carcerario del +9,38%. Il dato è già impressionante di per sé, ma a peggiorare la situazione è un'ulteriore variabile e cioè che dei 54.565 detenuti, ben 9.630 si trovano presso un istituto di pena in attesa del giudizio di primo grado (il 17,68% dei detenuti presenti).

Nel 2017 la capienza regolamentare degli istituti di pena era di 50.508 detenuti (capienza maggiorata di poco più di 712 detenuti rispetto all'anno precedente) ma quelli effettivamente presenti erano 57.661; lo scostamento di capienza ammonta quindi a 7153 detenuti, che in termini percentuali si stima a +14,16%. Il dato è raccapricciante perché la percentuale di sovraffollamento è cresciuta rispetto al 2016, ma a peggiorare la situazione è ancora una volta la variabile dei detenuti in attesa di giudizio di primo grado (per la precisione 10.247 detenuti, pari al 17,77% dei totali presenti). Senza pretesa di esaustività, si è dimostrato numericamente come la percentuale di *overcrowding* sia peggiorata a distanza di un anno, ma detto peggioramento si unisce alla aberrante situazione che già si rilevava già negli anni antecedenti al 2016. Ne consegue che le misure adottate dal legislatore per fronteggiare il sovraffollamento (di cui si dirà nel cap. III) non solo non hanno condotto verso gli esiti sperati, ma continuano ad ignorare i diritti dei detenuti, traducendosi ancora in un trattamento inumano e degradante.

È interessante notare il punto di vista di Giovanni Maria Flick⁴⁰ che offre un'ulteriore spunto di riflessione obiettando che il continuo distinguere tra capienza regolamentare e capienza effettiva degli istituti di pena è riduttivo: “è un modo di ragionare che va abbandonato: tanto varrebbe, altrimenti, surgelare i detenuti, così starebbero fermi consentendoci di comprimerne molti di più, aumentando in tal modo la

³⁸ Anno 2016 – Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione statistica.
http://www.ristretti.it/commenti/2016/ottobre/pdf1/detenuti_settembre.pdf.

³⁹ Anno 2017- Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria- Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione statistica.
http://www.ristretti.it/commenti/2017/ottobre/pdf1/detenuti_settembre.pdf.

⁴⁰ Presidente della Corte costituzionale dal 14 novembre 2008 al 18 febbraio 2009.

capienza tollerata oltre la sua generosa misura attuale”⁴¹; triste ma vero. Secondo Flick è quindi necessario tenere in considerazione la “capienza costituzionale” degli istituti di pena, concentrandosi sulla reale capacità degli stessi di assolvere le finalità dell’art. 27 Cost.⁴².

I.3.5 *Fine pena: 31/12/9999*

L’ergastolo è una delle pene previste dall’art. 17 del codice penale e comporta la restrizione perpetua della libertà personale (c.d. *fine pena mai*), implicante ulteriormente, ex art. 22 c.p. , “l’obbligo del lavoro e l’isolamento notturno” per il condannato. È la pena più severa esistente nel nostro ordinamento, in seguito alla soppressione della pena di morte ed è stabilita dal legislatore per quei delitti che, se commessi, provocano maggiore apprensione sociale; a titolo meramente esemplificativo si ricordino: l’art. 242 c.p. (Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano), l’art. 276 c.p. (Attentato contro il Presidente della Repubblica), l’art. 284 c.p. (Insurrezione armata contro i poteri dello Stato).

Più volte la dottrina si è interrogata sulla legittimità costituzionale dell’ergastolo alla luce della finalità rieducativa della pena, dal momento che si dubita dell’utilità di rieducare un internato che non entrerà mai più in contatto con la società. Ma c’è anche chi si chiede se questa pena contrasti con ragioni etiche legate all’impossibilità di riappropriarsi definitivamente della propria libertà. Enfatizzando quest’ultimo aspetto l’ergastolo è stato anche definito “*pena di morte viva*”⁴³ dal momento che sopprime per sempre il sogno di un’esistenza extra-muraria, annullando il “*right to hope*”⁴⁴ ossia il diritto di sperare spettante a qualunque essere vivente. Il *right to hope* muore nel momento in cui si confronta con il certificato di detenzione dell’ergastolano, in cui figura una data ben precisa di fine pena, stabilita in un giorno in cui probabilmente non residuerà neppure il genere umano: 31/12/9999. Beffardamente, con la precisa datazione si passa dal *fine pena mai* ad una data di fine che dista solo sette millenni dall’inizio della pena.

⁴¹ G. M. Flick, *A proposito di un volume sul carcere e la pena a cura di Franco Corleone e Andrea Pugiotto*, *Costituzionalismo*, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/433/> , 2013, cit. p.2 .

⁴² Cfr. G. M. Flick, *A proposito*, op. cit. .

⁴³ Dal nome del Convegno organizzato da Ristretti Orizzonti, presso la Casa di reclusione di Pavia il 20 gennaio 2017, che ha avuto la finalità di creare un confronto tra gli ergastolani, le loro famiglie e con i sostenitori dell’abolizionismo dell’ergastolo. Titolo del Convegno: “*Contro la pena di morte viva. Per il diritto ad un fine pena che non uccida la vita*”.

⁴⁴ L’UE, in collaborazione con l’Università degli studi di Milano, ha finanziato il progetto di ricerca “*The right to hope. Life imprisoned in the European context*” avente l’obiettivo di sensibilizzare l’opinione pubblica sull’ergastolo e le sue implicazioni sul *right to hope* <http://www.lifeimprisonment.eu/> .

Nel corso del tempo l'ergastolo ha subito una graduale umanizzazione, implicando quindi la perdita di quei connotati⁴⁵ che lo caratterizzavano, sia dal punto di vista della durata che dal punto di vista delle modalità esecutive, detti profili producevano come risultato una totale esclusione del detenuto dal contesto sociale. Quanto al profilo della durata l'ergastolo ha cessato di essere una pena perpetua grazie all'ammissione dell'ergastolano alla liberazione condizionale, al godimento dei permessi premio ed all'ammissione alla semilibertà ed alla liberazione anticipata⁴⁶. A tal proposito rileva la sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 1974, nella quale la Corte ammette velatamente che l'ergastolo violerebbe la Costituzione, se non esistesse nessuna speranza di libertà per il condannato; nel nostro ordinamento tale aspettativa si concretizza nell'istituto della liberazione condizionale pertanto la compatibilità a Costituzionale dell'ergastolo risiede nella possibilità per i condannati di usufruire di benefici extra-murari, previa buona riuscita del percorso rieducativo e l'esistenza di un suo sicuro ravvedimento⁴⁷. Nel 1983 la Corte costituzionale (C. cost. 274/83) è stata adita per pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 54 o. p., che disciplina la liberazione anticipata, nella parte in cui non prevedeva che anche l'ergastolano potesse accedere a tale beneficio. La Corte ha dichiarato l'art. 54 o. p. contrastante con gli articoli 3 e 27 Cost. ed ha disposto che anche i condannati all'ergastolo potessero beneficiare della liberazione anticipata; in seguito il legislatore è intervenuto con la l. 18 l. 663/86 per disciplinarne le modalità di accesso all'istituto. Quanto al profilo della modalità esecutiva dell'ergastolo è stata ridotta la sua afflittività dal momento che la l. 1634/62 ha abrogato le norme che prevedevano la sua esecuzione presso gli ergastoli, le colonie ed i possedimenti oltremare, ammettendo che esso potesse essere scontato presso le case di reclusione. I caratteri che hanno generato tensione tra l'art. 22 c. p. e la Costituzione sono due: la perpetuità della pena per l'ergastolano che non dia segni di sicuro ravvedimento che quindi non potrà accedere al beneficio della libertà condizionale ed il carattere fisso di tale pena. Riguardo la perpetuità è stato obiettato che una privazione senza fine della libertà personale renderebbe inutile la fruizione di qualsiasi programma rieducativo ex art. 27 Cost. finalizzato al reinserimento del detenuto nel contesto sociale. Nella citata sentenza della Corte costituzionale 264/1974 è emerso che il reinserimento del detenuto sia possibile anche per l'ergastolano, dal momento che il condannato avrebbe potuto

⁴⁵ L'ergastolo fino all'introduzione della libertà condizionale è stata una pena detentiva perpetua, che cessava solamente con la morte del reo. Nel corso dell'esecuzione gli ergastolani erano collocati in uno spazio separato da tutti gli altri detenuti, dal momento che i luoghi di esecuzione di detta pena erano collocati presso gli ergastoli (carceri per l'esecuzione della pena speciale), le colonie ed i possedimenti oltremare.

⁴⁶ Cfr. A. Cadoppi – S. Canestrari- P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, ed. CELT, Piacenza, 2011.

⁴⁷ Cfr. G. M. Flick, *A proposito di un volume sul carcere e la pena a cura di Franco Corleone e Andrea Pugiotto*, *Costituzionalismo*, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/433/>, 2013.

beneficiare sia dell'istituto della grazia che della liberazione condizionale, per cui la perpetuità della pena si profilerebbe solo in astratto e non in concreto, la Consulta ha così salvato la funzione rieducativa dell'ergastolo. Altro profilo problematico era quello della pena fissa poiché si riteneva che essa contrastasse con il finalismo rieducativo, giacché non è adattata alle problematiche personali di recupero del detenuto; ancora una volta la Corte costituzionale (C. cost. 67/1963) è stata adita per risolvere le questioni sottese all'ergastolo ed ha chiarito che l'art. 27 Cost. non ha imposto esigenze di individualizzazione e personalizzazione della pena. Successivamente la dottrina⁴⁸ è tornata a riflettere sul problema della pena fissa dell'ergastolo, ritenendola "compatibile con la Costituzione (...) con il limite logico di prevedere la sanzione solo per i casi talmente gravi dal punto di vista oggettivo e univoci criminologicamente da esigere la massima sanzione"⁴⁹.

Il nostro ordinamento prevede due tipi di ergastolo: il primo implica una privazione della libertà personale, che può tuttavia essere attenuata qualora sussistano le condizioni per richiedere la libertà condizionale, ex art. 176 c.p., di cui l'ergastolano può beneficiare avendo scontato almeno ventisei anni di pena e purché abbia manifestato un "sicuro ravvedimento" durante il suo percorso rieducativo. Il secondo tipo di ergastolo c.d. *ostativo*, la cui fonte è l'art. 4-bis o. p. , suscita maggiori dubbi di costituzionalità, dal momento che la durata perpetua è legata alla mancanza di utile collaborazione del condannato con la magistratura. Sembrerebbe automatico pensare che il detenuto, anche in questa specie di ergastolo, possa beneficiare della liberazione condizionale, essendo bastante la sua cooperazione in termini giudiziari, per cui nulla farebbe dubitare della legittimità dell'ergastolo ostativo, considerando la realizzabilità in astratto della liberazione condizionale. Tuttavia vi sono fattori di non poco conto, che ostano alla concretizzazione dell'aspettativa di libertà, come la preoccupazione di esporre sé stessi e la propria famiglia a gravi minacce a causa delle notizie rivelate, per cui in concreto l'accesso al beneficio risulta di difficile realizzazione⁵⁰.

L'ergastolo, sia tradizionale che ostativo, ha notevoli incidenze sull'*overcrowding*; in prima battuta si noti che negli istituti di pena vi sono molti casi di ergastolani ostativi, i quali come detto non possono richiedere il beneficio della libertà condizionale; in seconda analisi, suscita sgomento il numero degli ergastolani che avrebbe diritto di ottenere la libertà condizionale, ma ai quali raramente viene concesso di beneficiare di tale istituto⁵¹.

⁴⁸ Franco Bricola: fu eminente giurista esperto in diritto penale e docente presso l'Università degli studi di Bologna. Scomparso nel 1994.

⁴⁹ A. Cadoppi – S. Canestrari- P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, ed. CELT, Piacenza, 2011, cit. p. 201.

⁵⁰ Cfr. R. De Vito, *Lo scandalo dell'ergastolo*, *Questione giustizia*, http://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-scandalo-dell-ergastolo_19-05-2017.php , 2017.

⁵¹ Cfr. G. M. Flick, *A proposito*, op. cit. .

I.3.6 Divieto di pena di morte

A settant'anni dall'ultima condanna a morte eseguita in Italia⁵², un significativo numero di individui si chiede come mai, alla luce dei crimini più inumani di cui si ha contezza nel quotidiano, la pena prevista non sia quella di pagare con la propria vita le brutalità commesse. Le questioni attinenti la pena capitale costituiscono un *evergreen*, e sono destinate a non esaurirsi in breve termine, soprattutto perché questa è ancora in uso in diversi Stati come Cina, Iran, Arabia Saudita, Iran e Pakistan⁵³. In Italia l'abolizione della pena di morte si realizza mediante il D. L. vo Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, residuando però il ricorso alla stessa in ambito militare. Difatti fino al 1994 l'art. 27 Cost. ultimo comma stabiliva che “non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari in tempo di guerra”, per cui esisteva ancora un'ipotesi in cui poter applicare la pena capitale, in tutte quelle situazioni implicanti una minaccia per la Patria e lo Stato. Quest'unica possibilità è stata soppressa con legge 13 ottobre 1994, n. 589 sull'abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra, rendendo così effettivo il Protocollo n. 6 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, *sull'abolizione della pena di morte*⁵⁴; infine mediante la legge costituzionale del 2 ottobre del 2007, n. 1 è stato soppresso anche il riferimento letterale al suo ricorso previsto nell'art. 27 Cost. estinguendosi definitivamente ogni riferimento alla pena di morte.

Nonostante la millenaria esistenza del genere umano, le questioni gravitanti intorno la pena capitale sono relativamente recenti. Nel corso della storia, non si è neanche posto il dilemma sulla liceità e sulla giustizia della stessa che esisteva e veniva applicata al pari di tutte le altre e, addirittura per i consociati, incarnava la migliore sanzione con funzione retributiva; era dunque la sovrana di tutte le pene. Solo con l'Illuminismo si è dibattuto sulla sua liceità e sul conseguente effetto deterrente per i criminali. È stato Beccaria il primo giurista a mettere in discussione l'opportunità di ricorrere alla morte come sanzione ai delitti più sanguinari, rivoluzionando un orientamento sedimentato nei secoli che prevedeva l'automatica applicazione della pena capitale. L'intento di Beccaria è stato quello di dimostrare che l'infallibilità della pena non sta nel timore di una sanzione quanto più crudele, ma nella certezza dell'applicazione della sanzione stessa. Trascorsi diversi secoli, oggi la *ratio* del dibattito non cambia; la questione oscura è capire se la pena capitale sia concepibile giuridicamente (oltre che moralmente) e se lo stato di diritto, seppur con ogni garanzia legale e processuale, possa spingersi fino alla

⁵² L'ultima condanna a morte risale al 4 marzo 1947, scontata da tre siciliani: Giovanni Puleo, Francesco La Barbera, e Giovanni D'ignoti, ritenuti colpevoli della strage di Villarbasse. La loro esecuzione è avvenuta mediante fucilazione.

⁵³ Questi cinque Stati detengono in record delle esecuzioni nell'anno 2016 , http://www.adnkronos.com/fatti/esteri/2017/04/11/pena-morte-paesi-che-hanno-eseguito-piu-condanne-nel_ixGZWN2976dAVfKyasUKAP.html .

⁵⁴ Firmato a Strasburgo il 28 aprile 1983 e ratificato dall'Italia con legge 2 gennaio 1989, n. 8 .

sua previsione. Bobbio sposa la tesi negativa, spiegando che oltre l'espresso rifiuto della stessa scaturente dalla Costituzione, non sarebbe eticamente conveniente la reintroduzione della pena di morte perché inevitabilmente il sistema scaturente sarebbe vessato da degenerazioni anarchiche, basate sull'asserzione che "(la) violenza chiama violenza"⁵⁵.

A pacare gli animi sull'impossibilità di un ritorno al passato, vi sono anche le motivazioni dell'Assemblea Costituente, che scelse di eliminare la pena capitale dall'ordinamento per garantire il massimo rispetto della dignità umana, quale principio essenziale di uno Stato, riallacciandosi alle scelte del codice penale Zanardelli che aveva già eliminato la pena di morte come sanzione, introdotta nuovamente solo durante il regime fascista. Così facendo l'Assemblea Costituente rende compatibili l'esecuzione della sanzione penale con il principio di umanità della pena e con la sua finalità rieducativa⁵⁶.

In virtù dell'analisi sull'*overcrowding* che si sta svolgendo, occorre disquisire sulla pena di morte da un'altra prospettiva, partendo dall'opinione di Flick il quale asserisce che dal punto di vista formale la pena di morte intesa come sanzione è certamente stata abolita, ma non si può non notare la sua sopravvivenza *sostanziale* in carcere. Come mostrato, gli istituti penitenziari spesso generano la morte della persona reclusa, torture ed immani sofferenze psicologiche della stessa, per cui in tali circostanze "parlare di pena di morte vuol dire aprire una riflessione sulla necessità di rimuovere le cause che fanno della detenzione l'occasione, se non addirittura la causa patologica, della morte del detenuto che sconta la pena"⁵⁷. Trasfondendo tale riflessione nella realtà intramuraria, si constata il colossale fallimento dello Stato che da una parte vieta la pena di morte ex art. 27 Cost., ma per converso non predispone adeguati strumenti protettivi del detenuto. Così facendo, l'ordinamento permette che un numero cospicuo di detenuti si condanni autonomamente alla pena morte pur di non sopportare ancora i tormenti del carcere. Il detenuto è il cuore dell'organismo penitenziario in quanto destinatario in prima persona del trattamento punitivo e la sua particolare situazione giuridica non comporta un annientamento dei suoi diritti fondamentali, per cui avallando il pensiero di Flick, chi scrive ritiene che dibattere sulla pena di morte in contesto penitenziario voglia dire soprattutto interrogarsi su come rimuovere le cause della sofferenza dei detenuti, facendo avvizzire definitivamente la piaga dei suicidi e delle morti in carcere.

⁵⁵ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, cit., ed. Einaudi, 1992.

⁵⁶ Cfr. R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Milanofiori Assago (Mi), ed., Utet giuridica, 2006.

⁵⁷ G. M. Flick, *A proposito di un volume sul carcere e la pena a cura di Franco Corleone e Andrea Pugiotto*, *Costituzionalismo*, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/433/>, cit. p.2, 2013.

I.3.7 La vita intramuraria è davvero tutelata dal reato di tortura?

Il 14 luglio 2017, dopo anni di attesa, è stato introdotto il reato di tortura nel nostro ordinamento mediante la legge n. 110/2017 che ha recepito le disposizioni della “Convenzione di New York contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti”⁵⁸. In base all’art. 1 della Convenzione, rientrano nell’alveo della “tortura” gli atti diretti ad infliggere supplizi psico-fisici alle persone private della libertà personale, finalizzati a carpire notizie ed informazioni, a punire condotte da questi commesse ovvero ad intimidirle mediante pressioni, tuttavia sono esclusi dal concetto di tortura i castighi scaturenti da legittime sanzioni.

La l. 110/2017 innova il codice penale, introducendo gli articoli 613-*bis* e 613-*ter*; il primo articolo disciplina il reato di tortura *tout court*: è una fattispecie comune, che punisce con la reclusione “chiunque con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa”. I limiti edittali sono maggiorati se tali fatti sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell’esercizio delle loro funzioni “con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio”. Ulteriori ipotesi aggravate sono l’aver provocato al soggetto passivo lesioni personali gravi e gravissime, nonché la morte come conseguenza *non voluta* dal soggetto attivo e la morte come conseguenza *voluta* dall’agente, punita con l’ergastolo. Inoltre, così come previsto dall’art. 1 della Convenzione di New York, anche l’art. 613-*bis* esclude dalla punibilità le legittime misure coercitive. Collegata all’introduzione del reato di tortura è anche la modifica dell’art. 191 c.p.p. , riguardante le prove illecitamente acquisite; il comma 2-*bis* sancisce infatti l’inutilizzabilità di prove, informazioni e dichiarazioni ottenute mediante tortura. L’art. 613-*ter*, invece, punisce l’istigazione del pubblico ufficiale a commettere il reato di tortura.

L’introduzione delle norme sulla tortura ha implicato certamente una conquista per l’Italia, ma a ridimensionare l’entusiasmo hanno concorso le opinioni della dottrina e le recenti condanne della Corte di Strasburgo. Quanto al primo aspetto, le considerazioni dottrinali mostrano come l’aver ottemperato *imperfettamente* all’introduzione del reato di tortura, equivale ad aver disatteso l’obbligo. Difatti così strutturato l’art. 613-*bis* non realizza le finalità che si prefiggeva di raggiungere l’art. 1 della Convenzione di New York. Si notino le differenze: dal punto di vista soggettivo, il reato di tortura avrebbe dovuto essere un reato proprio, dal

⁵⁸ Adottata il 10 dicembre del 1984 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite e ratificata dallo stato italiano con la l.489/1988.

momento che la *ratio* della Convenzione era quella di punire solo il pubblico ufficiale nell'esercizio della sua funzione, non "chiunque" compia tale condotta; riduttivamente nel nostro ordinamento il fatto che la tortura sia posta in essere dal pubblico ufficiale rappresenta solo una circostanza aggravante. Il secondo aspetto problematico ha la sua genesi nel tenore letterale della norma; l'iniziale progetto di legge, prevedeva che la condotta del reato di tortura si concretizzasse mediante "violenza o minaccia", quindi una singola azione avrebbe già integrato la condotta punibile, tuttavia il Senato nella seconda lettura del testo, ha apportato una modifica, stabilendo che la condotta si concretizza mediante "violenze o minacce", con la conseguenza che una sola azione, seppur riprovevole non è materialmente sufficiente a configurare il reato di tortura. L'angosciosa conclusione di questo ragionamento è che così come strutturati i nuovi articoli del codice penale non puniscono affatto la tortura, discostandosi ampiamente dalle finalità della Convenzione.⁵⁹ La dottrina maggioritaria dubita che tale legge, a causa delle sue lacune possa seriamente tutelare quanti versino in stato di detenzione. Non confortano neppure le recenti reazioni della Corte di Strasburgo, la quale in due sentenze ha condannato l'Italia. Con una sentenza del 26 ottobre 2017 (*Azzolina e altri c. Italia*) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 3 CEDU, per le condotte consumate nella caserma di Bolzaneto in occasione di disordini verificatisi durante il G8 di Genova del 2001. La Corte ha ritenuto che in quell'occasione furono perpetrate delle violenze in danno dei ricorrenti da parte delle forze dell'ordine, che hanno integrato la tortura, ma tale fattispecie non può essere applicata all'epoca dei fatti perché introdotta in Italia sono di recente. In quella sede è emersa anche l'inadeguatezza dello Stato italiano nell'identificare tutti i colpevoli di tali condotte. La seconda condanna (*Cirino e Renne c. Italia*), arrivata immediatamente dopo quella di Bolzaneto, ha stabilito che anche presso il carcere di Asti si sono verificate delle torture; nel 2004 due detenuti denunciano di aver subito pestaggi e sacrifici psico-fisici ingiustificati come l'isolamento, il razionamento di nutrimento e dell'acqua. La Corte ha stabilito che l'Italia dovrà risarcire le vittime e condanna lo Stato anche per la mancanza di leggi adeguate a tali contesti.

Ciò posto, è necessario fare delle riflessioni. Astrattamente, dopo la previsione del reato di tortura, potremmo sentirci tranquilli, perché i detenuti, qualora fossero sottoposti a trattamenti integranti la tortura, verrebbero tutelati dai nuovi artt. 613-bis e ter.; tuttavia, uno dei punti controversi di tale innovazione legislativa è quello di aver fuso nello stesso articolo la tortura e i trattamenti inumani e degradanti; si tratta infatti di diverse circostanze, dalle quali scaturiscono obblighi diversi in capo agli Stati. Per cui si ritiene che mescolando due diverse situazioni, si finisca per semplificare l'essenza stessa del reato di tortura così come inteso dalla Convenzione di New York. Certamente

⁵⁹ Cfr. M. Cavino, *Non sei un cavallo! L'Italia e la tortura*, laCostituzione.info, <http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/07/06/non-sei-un-cavallo-litalia-e-la-tortura/>, 2017.

entrambe le fattispecie implicano un danno subito dalla persona sottoposta a privazione della libertà personale, ma prodotto da cause differenti⁶⁰.

I.4 L'anticamera della detenzione

L'art. 27, 2° comma Cost. definisce l'imputato *non colpevole* piuttosto che *innocente* e da tale statuizione scaturisce una copiosa dottrina che si domanda se dal dettato costituzionale discenda un *principio di non colpevolezza* oppure un *principio di innocenza*. A prescindere dalla diatriba tra non colpevolezza e innocenza, la statuizione dell'art. 27 Cost. non entra in tensione con l'istituto della custodia cautelare ed è questo il vero fulcro della questione, quindi arrovellarsi sulla differenza tra innocenza e non colpevolezza significherebbe ostinarsi forsennatamente sul dato linguistico, dal momento che la portata dei due principi tendenzialmente corrisponde⁶¹. Analizzando i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente emerge una doppia essenza dell'art. 27, 2° comma Cost.: da una parte, affiora “una regola di trattamento (dall'altra) una regola di giudizio”⁶². La prima valenza ha l'obiettivo di limitare il ricorso alla carcerazione preventiva, alla quale deve ricorrersi solo per strette esigenze di necessità. Sotto questo aspetto, l'Assemblea Costituente voleva anche garantire una differenziazione di trattamento tra l'internato già condannato ed il destinatario della carcerazione preventiva. Per quel che concerne la regola di giudizio, tale disposizione è ritenuta la fonte del principio *in dubio pro reo*. La vera questione problematica è individuare quanto dura la presunzione di non colpevolezza perché il fattore temporale, infatti, è strettamente collegato al divieto di scontare la pena prima dell'effettiva condanna. L'art. 27, 2° comma Cost. implica che il principio di non colpevolezza estrinseca la sua portata fino alla condanna definitiva e solo con questa la carcerazione assumerà la dimensione di sanzione. La portata della presunzione di non colpevolezza si spinge quindi fino al momento antecedente alla condanna. Il principio di non colpevolezza “si sostanzia nel divieto di equiparare l'imputato al colpevole *in itinere iudicii*, (...) costituisce, quindi, un ostacolo per qualsiasi “logica” volta ad assimilare la custodia cautelare alla pena”⁶³. L'assunto ha la finalità di evitare che, date le lungaggini processuali, abusando della custodia cautelare si incoraggi un'inclinazione all'anticipazione della pena, prima della condanna. È immediato notare che le misure cautelari e le sanzioni vere e proprie sono talvolta

⁶⁰ Cfr. P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, Diritto penale contemporaneo, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7559-lobba1017.pdf>, 2017.

⁶¹ Per la stesura del paragrafo mi sono basata sulle conclusioni di P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, ed. Giappichelli, 2008.

⁶² P.P. Paulesu, *La presunzione* op. cit. p. 54.

⁶³ P.P. Paulesu, *La presunzione* op. cit. p.119.

scandite dalle stesse modalità esecutive; quindi scivolare in una prassi anticipatoria della pena non è difficile. Un'inclinazione di tal genere tende a ritenere surrettiziamente corrispondente la posizione giuridica dell'imputato a quella del condannato.

La presunzione di non colpevolezza è strettamente connessa all'art. 13, 5° comma Cost. avente la finalità di vietare il ricorso alla misura cautelare per un tempo indefinito, rinviando alla legge la statuizione della sua durata massima così da evitare che la custodia cautelare sia elevata a sanzione vera e propria. Inoltre, le finalità sottese alla sanzione ed alla misura cautelare differiscono; infatti un elemento caratterizzante delle misure cautelari è quello di proteggere il processo ed il suo esito, mentre come visto, tra le finalità peculiari delle pene vi è la rieducazione. Quindi la finalità cautelare si lega al concreto pericolo di fuga dell'imputato, alla preoccupazione che questi possa manipolare il quadro probatorio ed all'esigenza di evitare la commissione di nuovi reati. Tuttavia, in merito a quest'ultimo punto si nota che il principio di non colpevolezza è messo in discussione dalle finalità di prevenzione speciale che si attribuiscono alla custodia cautelare. Il fine special-preventivo apre una breccia nel sistema penitenziario dal momento che il ricorso alla carcerazione preventiva, necessaria ad impedire ulteriori atti di delinquenza dell'imputato, implica l'uso intrinseco di tale istituto secondo le logiche sostanziali della comminazione della pena. Per un corretto giudizio special-preventivo il giudice non deve discostarsi dall'art. 27, 2° comma Cost.; quindi la valutazione della pericolosità dell'imputato non può anticipare la verifica della sua colpevolezza nel reato. Il fine di proteggere la collettività da soggetti pericolosi non deve intaccare la presunzione di non colpevolezza, che ha l'obiettivo di impedire che si verifichi un trattamento analogo tra l'imputato ed il condannato in via definitiva.

I.4.1 Una piaga dell'*overcrowding*: la carcerazione preventiva

In base alle statistiche analizzate (*supra*, cap. 1 par. 3.3) si intuisce che una delle cause "dell'*overdose* di popolazione carceraria"⁶⁴ risiede nell'impressionante numero di detenuti sottoposti a misura cautelare in carcere. Si noti, infatti, che solo nel 2017 più di diecimila detenuti sono ancora in attesa della condanna definitiva; emerge quindi un eccessivo ricorso alla carcerazione preventiva.

L'art. 272 c.p.p. stabilisce che "le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo", sancendo il principio di legalità cautelare. Dall'analisi della norma si evince che l'istituto della misura cautelare può essere disposto solo in determinate circostanze perché costituisce l'eccezione rispetto al normale decorso del processo, dal momento che implica la compressione della libertà personale prima della condanna. Tuttavia l'esigenza cautelare

⁶⁴ E. Amodio, *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, ed. Giuffrè, 2014, cit. p. 7.

ha dei riverberi anche su altri diritti, oltre che sulla libertà personale. Si pensi ad esempio al diritto di difesa, che viene in qualche modo compromesso, dal momento che “in carcere ci si difende peggio”⁶⁵ riferendosi per esempio all’incapacità di accedere in prima persona agli atti⁶⁶. Alla luce della situazione di *overcrowding* e data la compressione di alcuni diritti fondamentali scaturenti dalla custodia cautelare, occorrerebbe eliminare gli automatismi sottesi all’istituto e focalizzarsi maggiormente sulle esigenze del caso concreto. Di tutte le misure cautelari previste dal c.p.p. questo studio si limita ad analizzare la carcerazione preventiva posto che la detenzione presso il privato domicilio, presso altro luogo di privata dimora e presso una casa di cura non peggiorano il fenomeno del sovraffollamento.⁶⁷

La carcerazione preventiva è una misura cautelare privativa della libertà personale momentanea e provvisoria, dal momento che ha una durata limitata nel tempo ed è continuamente rivedibile; in generale la temporaneità e la provvisorietà sono elementi necessari delle misure cautelari oltre che tratti distintivi delle stesse dalla pena. In particolare la temporaneità implica che ogni misura cautelare duri solamente il tempo necessario alla tutela delle esigenze per le quali è stata disposta e comunque deve sempre essere sottoposta a nuove valutazioni sulla sua necessità in base al caso concreto a prescindere dall’esistenza di nuovi elementi, obbligando il giudice ad una nuova valutazione di opportunità sulla misura. Invece la provvisorietà della misura implica che la stessa sia inidonea a fungere da pena per il suo destinatario. Analizzando l’art. 273 c.p.p. , in materia di condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari, emerge che in base al 1° comma queste sono disposte in presenza di gravi indizi di colpevolezza dell’imputato, mentre il 2° comma attiene alla mancanza di una scriminante, di una causa di non punibilità o di estinzione del reato e della pena che possano essere applicate al caso di specie. Certamente il comma 2 non solleva alcuna perplessità dal momento che risulta agevole comprendere quando ricorrono delle cause che giustificano la condotta dell’imputato. Maggiori problemi genera all’opposto il comma 1, dal momento che non è semplice stabilire quali sono i criteri oggettivi che indicano i gravi indizi di colpevolezza. Occorre una chiosa storica: già dall’entrata in vigore del codice penale Rocco è stata trattata la questione della carcerazione preventiva ma nel corso del tempo si è passati da “sufficienti” a “gravi” indizi di colpevolezza che la giustificano; in ogni caso, affinché

⁶⁵ G. Spangher, *Trattato di procedura penale – 2 – prove e misure cautelari*, ed. Utet, Torino, 2008.p. 34.

⁶⁶ Cfr G. Spangher, *Trattato*, op. cit. .

⁶⁷ La disciplina delle misure cautelari meriterebbe un’intera trattazione. Brevemente si noti che si distinguono le misure cautelari coercitive da quelle interdittive; le prime limitano la libertà personale in maniera più o meno restrittiva, che sono: la custodia cautelare in carcere, gli arresti domiciliari, la custodia cautelare presso un luogo di cura, l’obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, l’allontanamento dalla casa familiare, il divieto e l’obbligo di dimora. L’altra *speciem* di misure cautelari interviene sull’esercizio di determinate attività, esse sono: la sospensione dall’esercizio della potestà dei genitori, la sospensione dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali.

essa sia applicabile, è necessario un quadro probatorio in base al quale è altamente possibile che scaturisca una futura condanna per l'imputato. I requisiti dall'art. 273 c.p.p. previsti per la comminazione della misura cautelare si collegano a marcate ragioni di protezione e tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, quindi in assenza di importanti ragioni protettive è ingiustificata la misura cautelare. L'art. 275 c.p.p. invece stabilisce i principi che stanno alla base dell'individuazione della misura cautelare disposta dal giudice, essi sono: il principio di adeguatezza ed il principio di proporzionalità. Il principio di adeguatezza emerge dal comma 1 dell'art. 275 c.p.p. , in base al quale il giudice deve disporre la misura cautelare esaminando le necessità del caso concreto, optando sempre per una minore compressione della sfera giuridica dell'imputato, per cui la misura cautelare in carcere deve essere disposta solo come *extrema ratio* ed il giudice dovrà applicare, ove possibile, misure meno sacrificanti per l'imputato. Il principio di proporzionalità disciplinato nel comma 2 dell'art. 275 c.p.p. , implica che la misura disposta dal giudice deve essere proporzionale all'entità del fatto cui si riferisce⁶⁸. La proporzionalità è il parametro necessario per ogni provvedimento limitativo della libertà personale ed in generale costituisce un requisito basilare di legittimazione di ogni compressione dei diritti fondamentali. Il suo legame con le misure cautelari è basilare dal momento che queste sono disposte nei confronti dell'imputato che si presume non colpevole fino alla condanna definitiva. Quindi la carcerazione preventiva è disposta nei confronti di imputati che siano già sospettati dei delitti per i quali si procede, in base a *gravi indizi di colpevolezza*. Riguardo la sussistenza delle finalità cautelari, la *ratio* di questo presupposto è quella di scongiurare il rischio che nelle more del giudizio penale e fino all'emissione della sentenza, il grave indiziato possa ostacolare il regolare svolgimento del processo su questi incombente, oppure compromettere nuovamente la pubblica sicurezza ledendo i consociati per mezzo di nuove attività delittuose.⁶⁹

Certamente la misura cautelare in carcere è la più grave in termini di compressione della libertà personale e di afflittività; infatti, l'art. 280 c.p.p. stabilisce che la custodia in carcere può essere disposta solo per i delitti consumati o tentati per i quali sia prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore a quattro anni. Ovviamente la previsione normativa va sempre ancorata ai principi di proporzionalità e di adeguatezza. Posto che si tratti di una misura afflittiva, la perplessità scaturente dalla custodia cautelare sta nel fatto che se alla fine del procedimento verrà emessa una sentenza di assoluzione per l'imputato, questi avrà subito un periodo di detenzione ingiusta implicante un male iniquamente cagionato. Ciò nonostante nella prassi la tutela cautelare viene impiegata secondo le logiche proprie della pena; ne consegue che essa si traduce nell'essere "anticipazione dell'esecuzione sulla cognizione penale"⁷⁰ . Il punto

⁶⁸ Cfr. G. Spangher, *Trattato di procedura penale – 2 – prove e misure cautelari*, ed. Utet, Torino, 2008.

⁶⁹ Cfr. S. Curreri , *Lezioni sui diritti fondamentali* , 2015.

⁷⁰ A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Pressotto – M. Serraino, *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, ed. Giappichelli, Torino, 2013, cit. p. 203.

angoscioso della custodia cautelare è dato dal fatto che le condanne definitive pervengono ad una considerevole distanza di tempo e quindi la misura cautelare finisce per essere un anticipo vero e proprio della pena⁷¹. A tal proposito di notevole importanza è lo stesso parere della Corte costituzionale, nella sentenza 23 aprile 1970 n. 64, in base alla quale, atteso che la compressione della libertà personale che implica la carcerazione preventiva debba essere necessaria alle finalità cautelari e condizionata dalle vicende processuali, la misura cautelare in carcere deve essere disposta in modo da non osteggiare il principio di non colpevolezza dell'imputato ex art. 27, 2° comma Cost., per cui la Corte stessa chiarisce che “non può avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza e, può essere disposta in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo”; si desume quindi l'eccezionalità della misura disposta nei confronti dell'imputato e l'inidoneità della stessa ad assolvere finalità punitive.

La legge 47 del 2015 introduce delle variazioni sulle misure cautelari, scaturenti dagli obblighi di modifica del nostro ordinamento derivanti dalla sentenza Torreggiani. Le modifiche attengono alle esigenze connesse al pericolo di fuga, per le quali si richiede un'analisi attuale della sua realizzazione scevra da incidenze di tipo retributivo. La stessa legge si propone di fare ricorso a misure cautelari alternative, in un'ottica di minore compressione della libertà personale e si prefigge la finalità di attenuare quegli automatismi che implicavano un ricorso quasi necessario al carcere. Inoltre l'art. 274 c.p.p. ha ridotto la discrezionalità del giudice nella disposizione del provvedimento, elidendo dalle sue valutazioni finalità lontane da quelle cautelari. Il testo delle lettere b) e c) dello stesso articolo è stato modificato con il fine di valorizzare l'attualità delle motivazioni per cui si procede, che non possono essere desunte automaticamente dal reato per cui si sta procedendo. La l. 47/2015 ha anche modificato il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. sottolineando la sussidiarietà della custodia cautelare in carcere rispetto al vantaggio dei provvedimenti applicabili⁷².

I.4.2 (segue) i limiti massimi alla carcerazione preventiva

Nonostante l'esistenza del principio di non colpevolezza, vantato dall'imputato, la carcerazione preventiva è necessaria al mantenimento della sicurezza in quanto collegata ad esigenze di effettività e di immediatezza della repressione dei reati, a condizione che tali finalità vengano bilanciate con la libertà personale dell'individuo

⁷¹ Cfr. A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Pressotto – M. Serraino, *Libertà dal carcere* op. cit.

⁷² Cfr. P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, Diritto penale contemporaneo, 2015, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1432802232BORRELLI_2015.pdf.

non ancora condannato e siano circoscritte ad una carcerazione preventiva di termini ragionevoli⁷³.

Si evince quindi “la legittimità costituzionale della carcerazione preventiva, ma nella misura in cui [...] ne siano stabiliti i limiti massimi, (perché connessi) [...] alla presunzione di innocenza “⁷⁴ perché la finalità di difesa sociale non può scusare il differimento indeterminato della misura cautelare.

Posto che la custodia cautelare non può fungere da pena, per evitare sconfinamenti in tal senso l’ultimo comma dell’art. 13 Cost. precisa che “la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva” e l’art. 303 c.p.p. fissa i termini massimi di durata della misura cautelare, rendendo effettivo l’art. 13 ultimo comma. La disposizione prevede una parcellizzazione dei termini della stessa i quali sono diversificati a seconda della fase processuale cui si è giunti. In particolare durante le indagini preliminari ed il giudizio dibattimentale il termine massimo di durata della misura è basato sulla pena *legislativamente* stabilita; quanto invece alla fase del giudizio in appello e fino alla sentenza di condanna definitiva la durata della misura è legata alla pena *concretamente* disposta. In base all’art. 278 c.p.p. la previsione dei termini massimi è ancorata al tipo di reato per cui si procede, avendo riguardo della pena prevista dalla legge per il reato consumato o tentato stabilendo che non rilevano né la continuazione, né la recidiva, né le circostanze del reato. I commi 6 e 7 dell’art. 304 c.p.p. inoltre hanno la finalità di evitare che si realizzi una custodia cautelare di durata indefinita.

La stessa Corte costituzionale nella sentenza 22 novembre 2000 n. 529 ha sottolineato l’importanza del termine massimo della carcerazione preventiva, ritenendo in virtù dell’art. 13 Cost., che la misura cautelare perde la sua efficacia quando la stessa abbia superato la sua durata di un periodo pari al doppio del termine previsto per legge. Alla luce della pronuncia della Corte si ritiene che la durata della custodia cautelare non può oltrepassare i termini di fase⁷⁵ del doppio dei termini stabiliti dall’art. 303, commi 1, 2 e 3 c.p.p. , non può superare i termini finali complessivi previsti dall’art. 303 comma 4 c.p.p., né il termine sussidiario⁷⁶. In caso di perdita di efficacia della misura cautelare, in base all’art. 306 c.p.p. , il giudice ordina l’immediata liberazione del destinatario della stessa.

La dottrina osserva che le pene e le misure cautelari tendono ad essere sovrapposte in base alla modalità di esecuzione. Infatti, non è inverosimile notare come numerosi detenuti siano ancora in attesa della sentenza di primo grado e scontino una

⁷³ Cfr. R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Milanofiori Assago (Mi), ed., Utet giuridica, 2006.

⁷⁴ M. Olivetti, *I diritti fondamentali*, Foggia, ed., Claudio Grenzi, 2015, p. 202.

⁷⁵ Termini intermedi c.d. di fase: trattasi di un termine massimo di durata della misura cautelare coercitiva calibrata in base allo stato ed al grado del procedimento, tenendo in considerazione i tempi logistici del procedimento, che comprendono regressioni e proroghe dello stesso.

⁷⁶ Cfr. G. Spangher – C. Santoriello, *Le misure cautelari personali*, ed. Giappichelli, Torino 2009.

misura coercitiva seppur non sono ancora (e forse mai) colpevoli⁷⁷. Ma la posizione dell'imputato non può, e non deve, coincidere con quella del colpevole ed è questa la ratio della disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 13 Cost. . In più la stessa Corte costituzionale ha evidenziato che è necessario “ridurre al minimo il rischio che l'anticipato sacrificio della libertà dell'imputato si riveli ingiustificato, vulnerando la presunzione di non colpevolezza nel suo contenuto più sostanziale” (C. cost. 1/1980).

Qualche anno dopo la Corte costituzionale (C. cost. 299/2005), in una nuova pronuncia, sottolinea inoltre che: “le limitazioni della libertà connesse alle vicende processuali devono rispettare il principio di proporzionalità, [...] tra la gravità della pena prevista per il reato e la durata della custodia lungo l'intero corso del procedimento (il quale) ispira l'esigenza di assicurare un ragionevole limite di durata della custodia cautelare in relazione alla sua durata complessiva e alle singole fasi del processo”.

Gli art. 314 e 315 c.p.p. costituiscono le norme di chiusura del titolo sulle misure cautelari personali, trattando l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione. Il legittimato a richiedere la riparazione per ingiusta detenzione è il soggetto che al termine del giudizio di merito sia stato prosciolto con sentenza irrevocabile, qualora sia stato pronunciato provvedimento di archiviazione (in queste due ipotesi solo se il provvedimento venga pronunciato perché il fatto non sussiste) oppure a seguito di sentenza di non luogo a procedere ovvero nel caso in cui il soggetto condannato o prosciolto sia stato destinatario di custodia cautelare priva delle condizioni necessarie all'applicabilità della stessa. Tale istituto rientra nell'alveo della tutela garantita alle vittime degli errori giudiziari, il cui diritto scaturisce direttamente dal dettato costituzionale in base all'art. 24 ultimo comma Cost. La Corte costituzionale (C. Cost. 310/1996 e C. Cost. 109/1999) si è pronunciata diverse volte sull'istituto in esame, chiarendo che la riparazione spetta anche in caso di detenzione ingiustamente sofferta scaturenti da inesatti ordini di esecuzione e nell'ipotesi in cui la detenzione scaturisca da arresto in flagranza o di fermo di indiziato, nel caso in cui sia evidente che mancassero le condizioni per l'applicabilità di dette misure pre-cautelari o per la loro convalida. Si nota immediatamente che si tratta di un istituto civilistico, sebbene scaturisca da norme processualpenalistiche, il diritto alla riparazione nasce dal dovere di solidarietà verso coloro che hanno subito un'ingiusta compressione della libertà personale, in quanto diritto fondamentale dell'uomo; difatti qualora siano carenti o inesistenti le condizioni per la limitazione di detta libertà è necessario che venga ottemperato l'obbligo giuridico di corrispondere un indennizzo volto a ristorare il pregiudizio subito dal destinatario della misura cautelare ingiusta.

⁷⁷ Cfr. P. P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, ed. Giappichelli, 2008.

I.4.3 Le impugnazioni *de libertate*

In base all'art. 111, 7° comma “contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è ammesso sempre ricorso in Cassazione per violazione di legge”. Occorre notare che l'art. 111 Cost. sancisce un principio di impugnabilità degli atti che incidono sulla libertà personale e che lo stesso art. non si riferisce solamente ai provvedimenti “restrittivi” della libertà personale, ma in generale ai provvedimenti “sulla” stessa, per cui si desume il diritto di richiedere la variazione *in melius* della misura cautelare comminata, finanche volta a conseguire la scarcerazione del ricorrente⁷⁸. Avverso i provvedimenti sulla libertà personale, il ricorrente può richiedere il riesame per motivi di merito e di legittimità al “tribunale del luogo nel quale ha sede la corte di appello (o la sezione distaccata della corte di appello) nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza”, in quest'ultimo caso trattasi del riesame dinanzi al Tribunale della libertà, in base all'art. 309 comma 7 c.p.p. , l'imputato può proporre anche il riesame direttamente in Cassazione, mediante il ricorso *per saltum*, ma solo per motivi di legittimità.

Agli inizi degli anni ottanta, è stato istituito il c.d. Tribunale della libertà, che ha sostituito l'originario assetto che prevedeva il solo ricorso alla Cassazione contro i provvedimenti *de libertate*, per motivi di sola legittimità e non di merito. Il Tribunale della libertà è l'organo giurisdizionale preposto all'analisi immediata del provvedimento restrittivo della libertà personale, anche nel merito. Mediante detto organo si realizza un bilanciamento effettivo tra la tutela della libertà dell'individuo sottoposto a misura cautelare coercitiva e la tutela della collettività. Quindi l'istituto del riesame è il modello tipico previsto dal legislatore avverso le misure restrittive della libertà personale. La sua disciplina è collocata nel capo dedicato alle impugnazioni e nonostante i dibattiti sulla sua natura giuridica che si sono susseguiti dal momento della sua introduzione, non si sospetta di detta connotazione perché il riesame svolge la funzione precipua delle impugnazioni e cioè costituisce un rimedio avverso i provvedimenti giurisdizionali *de libertate* ritenuti erronei e lesivi dal ricorrente e volti all'ottenimento di una nuova pronuncia, quindi si nota come detto istituto ricalca la *ratio* delle impugnazioni ed è esso stesso un mezzo di impugnazione. Tuttavia diversamente dalle impugnazioni il riesame non viene sottoposto alla cognizione di un giudice di grado superiore ma allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento, trattasi di un profilo peculiare dell'istituto che non incide sulla sua natura giuridica. Infatti il riesame dei provvedimenti *de libertate* si considera quindi a tutti gli effetti come un'impugnazione, ma con tratti distintivi sia dall'appello che dalla Cassazione, si tratta quindi di un *tertium genus* avente caratteri atipici nonché peculiarità riconducibili al regime speciale delle misure cautelari. Il giudice del riesame ai sensi dell'art. 309 c.p.p. deve riconsiderare la sussistenza del

⁷⁸ Cfr. G. Spangher – C. Santoriello, *Le misure* op. cit. .

fumus commissi delicti e del *periculum libertatis*, controllando la sussistenza dei motivi alla base del provvedimento cautelare e filtrando gli stessi alla luce del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, quali cardini del sistema cautelare. Il giudice inoltre opera un controllo sia di legittimità sostanziale che nel merito della misura, non è imposto alcun vincolo alla sua cognizione, né per quanto riguarda la motivazione dell'ordinanza a questi sottoposta, né in riferimento alle argomentazioni del ricorrente, tali evidenze fanno del riesame un mezzo di impugnazione devolutivo⁷⁹.

⁷⁹ Così puntualizzano G. Spangher – C. Santoriello, *Le misure* op. cit.

CAPITOLO II

Aspetti patologici della detenzione

II.1 I Diritti fondamentali del detenuto

A causa delle condizioni in cui versano le carceri italiane, è sempre vivo il dibattito sul rapporto tra i diritti fondamentali dei detenuti, che non si annullano nonostante la condanna, ed il trattamento penitenziario. Il conflitto tra queste due dimensioni rileva soprattutto sul piano dell'*effettività* della tutela dei diritti fondamentali nel senso che, in uno stato di diritto e retto dai principi costituzionali, è necessario che siano resi effettivi anche i diritti degli internati compatibilmente con l'esecuzione del trattamento penitenziario affinché questi non si tramutino in lettera morta. Da tale contesto deriva, ad esempio, l'effettività della tutela della salute e, quindi, la fruizione dell'assistenza sanitaria intramuraria, l'effettività riservata alla tutela della genitorialità, l'effettività della comunicazione... questi tra i diritti su cui maggiormente si è espressa la giurisprudenza.

Nel corso della storia la pena ha assolto solamente finalità retributive, lungi da scopi più alti come la rieducazione ed in questo contesto ovviamente non era neppure immaginata una tutela dei diritti fondamentali dei detenuti, dal momento che gli stessi non erano neanche trattati come esseri umani. L'avvento dell'Illuminismo ha sancito una maggiore tutela dei diritti dell'uomo e ciò ha implicato anche dei riflessi sul trattamento riservato agli internati. Il miglioramento della condizione dei detenuti si è realizzato anche mediante l'entrata in vigore della Costituzione, attraverso le sentenze della Corte costituzionale, grazie alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, all'apporto della Convenzione e della legge sull'ordinamento penitenziario. Finanche l'ordinamento sovranazionale ha disposto maggiori tutele nei confronti degli internati; a titolo meramente esemplificativo si ricordi che nel 1955 ha avuto luogo il primo Congresso delle Nazioni Unite sulla "*Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*"¹ che ha adottato gli *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (S.M.R.) aventi la finalità di sancire il principio di non discriminazione tra i detenuti e di stabilire il modello indispensabile di trattamento penitenziario che gli Stati firmatari avrebbero dovuto garantire agli stessi, analizzando minuziosamente: in che modo avrebbero dovuto strutturarsi le separazioni tra categorie dei detenuti; in che modo erogare i servizi igienici e sanitari ai ristretti, come regolamentare i contatti degli stessi con l'esterno e le modalità di realizzazione di ispezioni e perquisizioni. In generale il *Rules for the Treatment of Prisoners* ha statuito le "linee-guida" per l'interpretazione delle norme statali sul trattamento penitenziario, sulle regole contrarie ai trattamenti

¹ Tenutosi a Ginevra dal 22 agosto al 3 settembre 1955.

inumani o degradanti che violano la dignità umana dei detenuti e sulla disciplina delle pene².

Anche a livello europeo è stata predisposta una politica che contribuisce ad uniformare la tutela dei diritti fondamentali di cui è titolare il detenuto mediante l'adozione del "libro verde sull'applicazione della normativa dell'U.E. sulla giustizia penale nel settore della detenzione" approvato dalla Commissione Europea il 14 giugno del 2011, avente la *ratio* di equilibrare le condizioni detentive degli Stati membri dell'Unione europea nonché valorizzare il mandato d'arresto europeo in un'ottica di cooperazione giudiziaria tra gli Stati. Nel "libro verde" la Commissione fa salvo il principio di sussidiarietà, dal momento che la materia detentiva e la gestione dell'ordinamento penitenziario rimangono di competenza di ciascuno Stato membro, ma allo stesso tempo si pone l'obiettivo di garantire un livello minimo di tutela dei diritti fondamentali dei ristretti poiché il disinteresse degli Stati implicherebbe un malfunzionamento della giustizia e della sicurezza a livello europeo.

Dal punto di vista costituzionale il carcere è in prima battuta una formazione sociale in cui si svolge la personalità del detenuto *ex art. 2 Cost.* i cui diritti fondamentali devono essere garantiti compatibilmente con le modalità di restrizione della libertà personale, inoltre, in base all'*art. 3 Cost.* che sancisce il principio di uguaglianza, anche i detenuti godono di pari dignità sociale. Flick ritiene che agli internati sono riconosciuti due tipi di diritti costituzionali indissolubilmente legati al principio personalistico: da una parte il diritto alla fruizione del percorso rieducativo *ex art. 27 Cost.*, dall'altra una serie di diritti fondamentali spettanti all'uomo in quanto tale e quindi anche al detenuto, quali la tutela dell'integrità fisica, la fede religiosa, l'informazione, la corrispondenza, la salute e così via. Il carcere, in quanto formazione sociale complessa, implica una compressione dei diritti dei ristretti che sia comunque proporzionale rispetto al trattamento penitenziario e rispettosa della dignità del detenuto che è il presupposto irrinunciabile di tutti gli altri diritti. E' necessario garantire al detenuto quei "diritti *autoevidenti* (...) che costituiscono il nocciolo duro, non comprimibile, del plesso delle garanzie riconosciute alla persona – non solo al cittadino – in Costituzione³". Quanto al diritto alla fruizione del percorso rieducativo di grande importanza è stata la sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 26 giugno-2 luglio 1990 che ha sancito il superamento della concezione polifunzionale della pena classicamente intesa; essa, quindi, non può avere caratteri ulteriormente afflittivi nonostante sottenda la *ratio* della difesa sociale e le istanze general-preventive. In altre parole la Corte ha ritenuto che non può essere oltrepassata la normale afflittività e retribuità della pena che sono le sue

² Cfr. N. S. Rodley, *The treatment of prisoners under international law*, Oxford University press, 2009.

³ G. M. Flick, *I detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, intervento del corso in "Diritti dei detenuti e Costituzione" dell'Università degli studi Roma Tre, 6 dicembre 2011, cit. p. 192 https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf.

minime implicazioni, senza le quali perderebbe una parte della sua funzione, ma non deve neppure essere pregiudicata la finalità rieducativa della pena.

I “diritti *autoevidenti*”, di cui fa menzione Flick, si collegano all’art. 4 della l. 354/75 che sancisce un basilare principio di civiltà giuridica stabilendo che i ristretti “esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale”; pertanto l’ordinamento giuridico garantisce ai detenuti l’esercizio *personale* dei diritti e tale garanzia non è derogata da un’eventuale stato di incapacità legale che trova la sua fonte nelle sanzioni penali. Ciò posto nei confronti di quanti scontano una pena detentiva o siano sottoposti alla carcerazione preventiva non possono essere disposte ulteriori restrizioni dei diritti fondamentali che non siano assolutamente indispensabili, che non trovino giustificazione nella tutela della sicurezza o dell’ordine dell’istituto penitenziario o che non siano previste dalla legge. La disposizione contenuta nell’art. 4 o. p. potrebbe sembrare ovvia ma in verità è stata introdotta per eliminare l’idea del detenuto identificato come “mero oggetto di disciplina”⁴.

Dall’art. 4 o. p. si desume quindi l’*eccezionalità* di quei provvedimenti che sospendono l’ordinario trattamento penitenziario spettante ai detenuti. Infatti, a causa della loro incisività, tali provvedimenti sono tassativi e trovano esplicita previsione nella l. 354/75. Tra questi, si ricordino: le limitazioni all’accesso ai benefici penitenziari previsti per gli ergastolani ostativi (art. 4-*bis* o. p.), il regime di sorveglianza particolare (art. 14-*bis* o. p.), i controlli e le limitazioni alla corrispondenza dei detenuti (artt. 18 e 18-*ter* o. p.), l’esclusione dalla partecipazione al trattamento a titolo di sanzione disciplinare (art. 39 o. p.) ed il regime detentivo speciale di rigore, c.d. “carcere duro” (art. 41-*bis* o. p.)⁵.

Accettando la detenzione come espressione massima dello *ius puniendi* dello Stato si accetta anche un certo grado di compressione dei diritti fondamentali dei ristretti a causa della loro particolare condizione giuridica senza che ciò implichi né una violazione della Costituzione né della CEDU. Tuttavia, la detenzione diventa lesiva della sfera giuridica degli internati ogni volta che si realizza una privazione dei diritti maggiore rispetto a quella naturalmente derivante dalla reclusione. La tensione tra il godimento dei diritti e la condizione di detenzione deriva dall’impossibilità di predeterminare quando le privazioni dei diritti eccedano quelle previste dall’ordinamento penitenziario.⁶

⁴ Così definito da F. Della Casa – G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. CEDAM, Padova, 2015, cit. p. 37.

⁵ Cfr. Officina del Diritto, *Le pratiche del detenuto*, Giuffrè ed. , 2013.

⁶ Cfr. A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Pressotto – M. Serraino, *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, ed. Giappichelli, Torino, 2013.

II.1.1 Prospettive di riforma

In un contesto carcerario caratterizzato dal malfunzionamento patologico è necessario che il legislatore intervenga con una riforma dell'ordinamento penitenziario che risolva definitivamente le situazioni detentive in contrasto con i diritti fondamentali spettanti ai detenuti.

L'intervento legislativo è stato richiesto a gran voce da più parti: in prima battuta dal Partito Radicale Nonviolento di cui si è fatta portavoce Rita Bernardini, membro coordinatore della presidenza del partito ed ex deputata, che ha sollecitato il legislatore anche attraverso numerose interviste radiofoniche⁷ e conferenze stampa⁸ sull'importanza di approvare una riforma che corregga i mali atavici della reclusione come l'*overcrowding*, il *fine pena mai*, il carcere duro e numerosi altri aspetti della detenzione che non rendono possibile l'armonioso svolgimento della vita intramuraria o entrano in tensione con alcuni principi costituzionali, come la rieducazione ed il principio di umanizzazione ex art. 27 Cost. Le sollecitazioni sono pervenute anche dagli appartenenti al corpo di polizia penitenziaria i quali, svolgendo le proprie prestazioni lavorative a strettissimo contatto con i detenuti ed in generale nell'ambiente penitenziario, sono i primi, insieme ai ristretti, ad essere consapevoli delle situazioni patologiche intramurarie e ad essere schiacciati dalle frustrazioni psicologiche che esse comportano, che inevitabilmente finiscono per sottendere (nella peggiore delle ipotesi) i suicidi tra gli appartenenti al corpo di polizia stesso (*supra*, cap. I par. 1).

La legge delega 103/2017 ha posto le basi per “la più importante” modifica alla l. 354/75, così definita nell'introduzione alla proposta di riforma dalla “Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso” istituita con D. M. il 19 luglio 2017, guidata dal presidente prof. Glauco Giostra⁹. L'obiettivo primario della riforma è quello di evitare che i detenuti siano sottoposti a

⁷ Tra le interviste più seguite si ricordino:
- Riforma dell'ordinamento penitenziario: collegamento con Rita Bernardini sul congelamento da parte del Governo Gentiloni dei decreti attuativi del 22 febbraio 2018 <https://www.radioradicale.it/scheda/534150/riforma-dellordinamento-penitenziario-collegamento-con-rita-bernardini-sul> ;
- Riforma dell'ordinamento penitenziario: nuovo appello al Governo per l'approvazione del decreto delegato sulle misure alternative. Collegamento con Rita Bernardini dell'8 marzo 2018 <https://www.radioradicale.it/scheda/535373/riforma-dellordinamento-penitenziario-nuovo-appello-al-governo-per-lapprovazione-del> ;
- “Riforma penitenziaria oltre zona Cesarini” – Intervista a Rita Bernardini alla manifestazione dell'UCPI del 13 marzo 2018 <https://www.radioradicale.it/scheda/535800/riforma-penitenziaria-oltre-zona-cesarini-intervista-a-rita-bernardini-alla> .

⁸ La terza conferenza si è tenuta il 13 febbraio 2018 <http://www.radicalparty.org/it/content/terza-conferenza-stampa-il-13-febbraio-sulla-lotta-nonviolenta-del-partito-radicale-e-di-det> .

⁹ Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso http://www.questionegiustizia.it/doc/proposta_riforma_ordinamento_penitenziario.pdf .

restrizioni ingiustificate dei loro diritti fondamentali che rendono la pena illegittima e lesiva della dignità del condannato. Seguendo questa logica è possibile “responsabilizzare” il detenuto mediante il trattamento rieducativo cosicché al momento del suo reinserimento nella società possa compiere scelte coscienti che nulla abbiano a che fare con la commissione di nuovi reati. Nello specifico l’art. 1 commi 82, 83 e 85 della legge n. 103 del 20 luglio 2017 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario) ha ad oggetto le modifiche dell’ordinamento penitenziario. Il 7 febbraio 2018 sia la II Commissione della Camera dei Deputati¹⁰ che la II Commissione permanente del Senato della Repubblica¹¹ hanno approvato il parere sull’atto di Governo n. 501 contenente lo schema del decreto legislativo di riforma dell’ordinamento penitenziario. Il 16 marzo 2018 il Consiglio dei Ministri, su proposta dell’attuale ministro della giustizia Andrea Orlando, ha approvato il decreto attuativo della legge 103/2017, in sede di secondo esame preliminare. In particolare, l’atto normativo ha l’obiettivo di rendere l’ordinamento penitenziario più rispondente alle *attuali* esigenze del carcere, di ridurre il ricorso alla carcerazione valorizzando misure penitenziarie alternative che rendano effettivo il percorso rieducativo del detenuto pur senza sacrificare la sicurezza spettante alla collettività; ovviamente tale scelta ha l’obiettivo di fronteggiare al meglio l’*overcrowding* delle carceri italiane. Le ulteriori finalità perseguite sono: la razionalizzazione delle attività spettanti agli uffici del settore penitenziario, realizzando un apparato più efficiente, meno oneroso e con minori tempi procedurali, nonché l’ampliamento delle competenze della Polizia penitenziaria¹².

La riforma così strutturata non rappresenterà un pericolo per la sicurezza sociale né tenterà di sminuire il senso della pena, descriverà invece il “doveroso rispetto della dignità umana¹³” quale presupposto essenziale per il godimento dei diritti fondamentali dei ristretti. Il rispetto della dignità sta alla base del principio di umanizzazione della pena e di rieducazione del condannato, per cui partendo da questi fondamenti costituzionali del diritto penitenziario lo stesso prof. Giostra ha ritenuto che la riforma intenderà *solamente* dare attuazione alla Costituzione. Affinché quest’intento si realizzi è necessario rifiutare la politica della carcerazione ad oltranza, che si è rivelata inidonea a fronteggiare la criminalità e che avuto maggiormente la conseguenza di condurre alla reiterazione di attività delittuose il detenuto ricollocato nella società. La riforma non metterà neppure in crisi il principio della certezza della pena né la sua funzione retributiva.

¹⁰ <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6707-parerecameraop.pdf>.

¹¹ <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/4000-pareresenatoop.pdf>.

¹² Cfr. A. Di Tullio D’Elisiis, *Approvato da parte del Governo il decreto legislativo che riforma l’ordinamento penitenziario*, Diritto.it, <https://www.diritto.it/approvato-parte-del-governo-decreto-legislativo-riforma-lordinamento-penitenziario/>, 2018.

¹³ G. Giostra, *Le carceri, la Costituzione e la dignità*, Il Sole 24 ore, <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/le-carceri-la-costituzione-e-la-dignita>, cit., 23 marzo 2018.

Quanto al primo aspetto non si annullerà la certezza della pena solo perché il giudice dovrà valutare il progresso comportamentale del reo soppesando conseguentemente durata e modalità di esecuzione del trattamento penitenziario. Questa valutazione invece garantirà l'applicazione di una pena *certa* perché è retta dall'individualizzazione del trattamento penitenziario avente la finalità di recupero del reo, modellato sulla base delle problematiche che lo hanno indotto a delinquere. Attuando il contrario di quanto descritto il detenuto è destinatario di una pena *immutabile e fissa*, “la riforma, invece, vuole che sia applicata la pena giusta e necessaria: quella, cioè, che non serve per infierire e per vendicarsi, ma per punire il colpevole e per tutelare la collettività¹⁴”. Quanto al secondo aspetto è bene notare che la riforma non metterà neppure in discussione la finalità retributiva della pena poiché è certo che nei confronti dei condannati che abbiano compiuto gravissimi crimini non sarà possibile eludere i lunghi periodi di detenzione anche se il detenuto sin da subito abbia mostrato sicuri segni di ravvedimento e di essersi impegnato nel processo riabilitativo¹⁵.

II.2 Il regime di detenzione speciale ex articolo 41-bis o. p.

Nell'ambito di una trattazione sulla detenzione patologica, seppur maggiormente incentrata sul sovraffollamento, meritano una breve l'analisi: il regime di detenzione speciale (c. d. carcere duro) disciplinato dall'art. 41-bis o. p. e la detenzione di persone in precarie condizioni di salute poiché tali circostanze detentive possono entrare in tensione con i diritti fondamentali dei detenuti.

La morte del boss Totò Riina¹⁶, sottoposto al regime di detenzione *ex art. 41-bis o. p.*, ha rinnovato i dibattiti sul funzionamento del carcere duro e sulla sua compatibilità con la Costituzione. Inoltre, durante la sessantaduesima sessione del “Comitato contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti¹⁷” delle Nazioni Unite, l'Italia è stata censurata (anche) in virtù del funzionamento dell'art. 41-bis. In particolare, il Comitato ha precisato che un detenuto sottoposto ad un regime di detenzione speciale per più di vent'anni sconta l'isolamento per un lasso di tempo troppo esteso, integrando gli estremi della tortura per l'internato. La censura si conclude con la richiesta al legislatore di revisionare l'art. 41-bis o. p., affinché l'istituto in esame rispetti la dignità del detenuto e sia epurato da inutili oppressioni che non sono in alcun modo collegate all'esigenza di recidere i legami dell'internato con l'organizzazione criminale esterna al carcere. Il Comitato ha, inoltre ribadito, il diritto dei detenuti più

¹⁴ G. Giostra, *Le carceri*, op. cit. .

¹⁵ Cfr. G. Giostra, *Le carceri*, op. cit. .

¹⁶ Avvenuta il 17 novembre 2017.

¹⁷ Submission to the UN Committee Against Torture Concerning Italy, 62th Session, 06 Nov 2017 – 06 Dec 2017.

anziani ad impugnare il provvedimento che li sottopone al regime speciale di rigore¹⁸. Nella stessa censura il Comitato ha invitato l'Italia a ridurre il ricorso alla carcerazione preventiva come mezzo per fronteggiare il dramma dell'*overcrowding*, situazione che lo ha allarmato particolarmente.

Il ricorso al regime speciale di detenzione è sempre più frequente, tant'è che in ogni carcere esiste almeno una c.d. "cella zero"; trattasi di un ambiente detentivo interamente vuoto e quindi privo di mobilio ed ulteriori complementi in cui il detenuto deve anche espletare i propri bisogni fisiologici e primari¹⁹. Attualmente in Italia 730 detenuti²⁰ sono sottoposti al regime del carcere duro, di cui 100 sono in attesa di giudizio e 300 sono ergastolani, la maggior parte ostativi. Tanti sono i detenuti ricordati dalle cronache criminali che sono (o sono stati) sottoposti al regime dell'art. 41-bis o. p., si ricordino: Leoluca Bagarella, Totò Riina, Domenico Gallico, Pasquale Zagaria, Giuseppe Farinella... Alcuni casi di detenzione speciale si ricordano anche per aver generato una situazione detentiva lesiva dei diritti fondamentali dei ristretti; si pensi al caso Vincenzo Stranieri, boss della Sacra Corona Unita, che è il detenuto italiano ad aver passato più tempo sottoposto al regime speciale di rigore (nello specifico ventiquattro anni). Nondimeno il vero problema è che attualmente Stranieri versa in precarie condizioni di salute originate da un carcinoma alla laringe e da un importante trauma psichiatrico che sembrerebbe provocato dalla situazione detentiva. Numerose sono state le richieste di sospensione della misura di sicurezza detentiva, alla luce delle sue condizioni psicofisiche, però rigettate dal Tribunale di sorveglianza de L'aquila. La radicale Rita Bernardini ha denunciato l'esistenza di tale situazione sollecitando il capo dell'amministrazione penitenziaria, Consolo, all'adozione di una misura penitenziaria che non sia lesiva della dignità di Stranieri né dei suoi diritti fondamentali. Tuttavia il Tribunale di sorveglianza ha ritenuto che Stranieri debba continuare a scontare la propria pena in carcere (nello specifico presso il carcere Opera di Milano), nonostante si alimenti tramite un sondino, respiri grazie ad un intervento alla trachea e non possa

¹⁸ Così si pronuncia il Comitato: "Review the 41-bis regime so that it respects the dignity of detainees and eliminate those oppressive restrictions which don't have a real link to the necessity to prevent and eradicate any relationship with the criminal organization. Make sure that the extension of the 41-bis regime is carefully reviewed in each case with a special regard to older detainees, always allow the possibility to appeal against the imposition of the regime." Submission to the UN Committee Against Torture Concerning Italy, 62th Session, 06 Nov 2017 – 06 Dec 2017. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/ITA/INT_CAT_CSS_ITA_29166_E.pdf.

¹⁹ G. De Monte, *41-bis, sovraffollamento, suicidi: viaggio nel carcere italiano*, Osservatorio diritti, 2017 <https://www.osservatoriodiritti.it/2017/11/21/41-bis-carcere-italiano-sovrappollamento-riina/>.

²⁰ D. Aliprandi, *730 detenuti al 41bis, 100 in attesa di giudizio e quasi 300 condannati all'ergastolo ostativo*, Ildubbio. I dati sono aggiornati al 10 giugno 2017 <http://www.ristretti.org/pdf/Le-Notizie-di-Ristretti/730-detenuti-al-41bis-100-in-attesa-di-giudizio-e-quasi-300-condannati-allergastolo-ostativo.pdf?format=phocapdf>.

parlare a seguito dell'asportazione delle corde vocali²¹. Alla luce della precarietà delle sue condizioni di salute e del trauma psichico che ha azzerato le capacità cognitive di Stranieri, chi scrive ritiene che il detenuto abbia perso la pericolosità sociale che lo ha contraddistinto nel compimento dei suoi reati e che la sua permanenza in carcere integri un trattamento inumano e degradante lesivo dell'art. 3 CEDU e dell'art. 27 Cost. inoltre nel caso di specie il detenuto non può beneficiare di cure mediche idonee al suo benessere psicofisico il che implica anche una violazione dell'art. 32 Cost. .

Tale breve premessa dimostra come la sottoposizione del detenuto al carcere duro possa generare delle situazioni in contrasto con i diritti fondamentali, per cui la trattazione che segue ha l'obiettivo di analizzare criticamente, e senza pretesa di esaustività, l'art. 41-bis e ed i suoi conflitti con l'ordinamento penitenziario.

II.2.1 Genesi ed evoluzione dell'art. 41-bis o. p.

È indispensabile ricostruire la storia dell'art. 41-bis o. p. per capire l'attuale utilità che la disposizione sottende e quali finalità ha perseguito nel corso del tempo. L'introduzione dell'art. 41-bis o. p. nel nostro ordinamento giuridico ha avuto l'obiettivo di sospendere il trattamento penitenziario ordinario di cui sono destinatari gli internati ogni volta che questo si riveli inadeguato a salvaguardare le esigenze di ordine e sicurezza pubblica. In particolare, tale regime speciale di detenzione si propone di contenere la pericolosità sociale di determinati detenuti, impedendo loro di intrattenere rapporti con le organizzazioni criminali di appartenenza all'esterno del carcere mediante la limitazione dei contatti che l'ordinamento penitenziario di norma garantisce al detenuto come colloqui e scambi di corrispondenza.

Storicamente il primo modello di regime penitenziario differenziato è stato previsto dall'art. 90 o. p., oggi abrogato, in base al quale il Ministro della giustizia aveva facoltà di sospendere, in tutto o in parte, le regole di trattamento previste dalla l. 354/75 che si ponevano in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza dell'ordinamento giuridico. Tale situazione differenziata era disposta solamente per un intervallo di tempo limitato ed era finalizzata alla risocializzazione dei condannati aventi un'indole particolarmente pericolosa e violenta.

Nel corso del tempo, l'art. 90 o. p. ha suscitato diverse perplessità dal momento che la norma poteva essere applicata ad interi istituti di pena o ad intere sezioni di esso e

²¹ D. Aliprandi, *Vincenzo Stranieri è grave e la figlia fa lo sciopero della fame*, *IlDubbio*, 31 maggio 2017 <http://ildubbio.news/ildubbio/2017/05/31/vincenzo-stranieri-e-al-41bis-il-boss-e-grave-e-la-figlia-fa-lo-sciopero-della-fame/> .

non consentiva di operare scelte penitenziarie differenziate; inoltre la decisione sull'applicazione del regime speciale era rimessa alla volontà discrezionale dell'amministrazione penitenziaria. Date queste premesse sull'applicazione dell'art. 90 o. p. è stato necessario un intervento legislativo che resolvesse le questioni sottese all'applicazione del regime penitenziario differenziato²². Così com'era strutturato l'art. 90 o. p. violava il principio di tassatività della pena ex art. 25 comma 2 Cost., dal momento che rimetteva all'autorità amministrativa la possibilità di predisporre il contenuto dell'azione penale; inoltre l'art. 90 o. p. determinava un allontanamento da ogni criterio legale di assegnazione degli internati al trattamento penitenziario, dato che non esistevano parametri normativi che disciplinassero in che modo doveva essere differenziato il trattamento speciale²³.

Il legislatore è intervenuto per rimediare gli aspetti problematici dall'art. 90 o. p. e mediante la l. 10 ottobre 1986, n. 663 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) ha abrogato detto articolo e conseguentemente ha introdotto nel nostro ordinamento l'art. 41-bis della l. 354/75, avente la finalità di sospendere il regime detentivo ordinario per ripristinare l'ordine e la sicurezza che il carcere è tenuto a garantire, inoltre considerati come presupposti necessari per l'attuazione del trattamento rieducativo degli internati²⁴.

La sospensione delle normali regole di trattamento si propone quindi di limitare gli effetti della pericolosità sociale di determinati detenuti che avrebbe dei riverberi anche fuori dall'istituto di pena, per cui si vuole evitare che mediante il regime detentivo ordinario il detenuto possa mantenere anche all'esterno la gestione della propria organizzazione criminale. L'art. 41-bis o. p., rispetto all'art. 90 o. p., ha introdotto anche un limite temporale al provvedimento sospensivo che non può eccedere le esigenze di assoluta necessità per le quali è stata disposta la sospensione. Inoltre, l'art. 41-bis o. p. si differenzia dall'abrogato art. 90 o. p. anche per la sua collocazione sistematica, dal momento che il primo è inserito nel *corpus* delle norme che disciplinano il trattamento penitenziario, diversamente dall'art. 90 o. p. che invece era stato predisposto come norma di chiusura del sistema al quale si sarebbe dovuto ricorrere in via del tutto eccezionale²⁵.

L'iniziale formulazione dell'art. 41-bis prevista dalla l. 633/1986 è stata modificata successivamente nel 1992 a seguito delle stragi in cui persero la vita i giudici Falcone e Borsellino e le rispettive scorte, per cui allo scopo di impedire ai capi delle organizzazioni mafiose di protrarre la loro direzione anche dal carcere è stato introdotto in via temporanea il regime detentivo speciale, c.d. carcere duro, con il decreto legge n.

²² Cfr. P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, ed. Cedam, 2010.

²³ Cfr. M. Pavarini – B. Guazzaloca, *Corso di diritto penitenziario*, ed. Martina Bologna, Bologna, 2004.

²⁴ Cfr. V. Grevi – G. Giostra – F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato – tomo I*, ed. Cedam, 2011.

²⁵ Cfr. M. Pavarini – B. Guazzaloca, *Corso*, op. cit. .

306 dell' 8 giugno del 1992 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito nella legge n. 356 del 7 agosto 1992. Tale intervento normativo è stato indispensabile dal momento che l'originaria formulazione dell'art. 41-*bis* non si è rivelata sufficiente a contrastare le organizzazioni criminali, ciò è stato confermato dalla brutalità delle stragi di cui sopra, ragione per cui tramite il decreto legge 306/1992 il legislatore con un intervento normativo d'urgenza accentua la differenziazione del trattamento penitenziario speciale rispetto a quello ordinario e contestualmente vuole assicurare ai "pentiti" un trattamento penitenziario più mite in un'ottica di agevolazione del lavoro della magistratura e di più semplice ricerca dei complici dei criminali²⁶. Le stragi del 1992 hanno evidenziato che le ordinarie modalità di esecuzione della detenzione non erano idonee a recidere il vincolo intercorrente tra il detenuto e l'associazione mafiosa di appartenenza, né erano in grado di svolgere un'idonea funzione special-preventiva dal momento che lo *status* detentivo permetteva comunque agli internati di dirigere e comandare la propria organizzazione dal carcere. Originariamente l'art. 41-*bis* è nato come misura emergenziale dalla portata temporanea e fortemente limitativa della sfera giuridica dei detenuti ad essa sottoposti, da qui l'appellativo di "carcere duro" dell'art. 41-*bis* poiché ha generato una significativa riduzione dei contatti tra i ristretti ed il mondo esterno²⁷. Tuttavia, a dispetto del consueto appellativo di carcere duro con il quale viene comunemente indicato l'art. 41-*bis*, il suo scopo non è stato quello di punire con maggiore severità il condannato, anche se fatalmente la sospensione delle normali regole di trattamento sortisce tale effetto²⁸.

In questo contesto la Corte costituzionale con sentenza del 24 – 28 luglio 1993, n. 349 è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del comma 2 dell'art. 41-*bis* o. p. in riferimento all'art. 13 Cost. . La Corte ha escluso la violazione dell'art. 13 Cost. dal momento che il provvedimento di soggezione al regime detentivo speciale, pur implicando una maggiore afflittività per l'internato, non produce una variazione del "grado di libertà personale del detenuto"²⁹, per cui non viola le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione previste dallo stesso art. 13 Cost. . Quindi, le limitazioni statuite dall'amministrazione penitenziaria sospensive delle normali regole di trattamento rientrano a pieno titolo nel novero dei provvedimenti sulle modalità di esecuzione della pena che essa può disporre, a patto che non superino "il sacrificio della libertà personale imposto al detenuto già scaturente dalla sentenza di condanna"³⁰.

Quasi dieci anni dopo il legislatore ha modificato nuovamente l'art. 41-*bis* o. p. mediante la legge 23 dicembre 2002 n. 279 ("Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della

²⁶ Cfr. V. Grevi – G. Giostra – F. Della Casa, *Ordinamento*, op. cit. .

²⁷ A. Gaboardi – A. Gargani – G. Morgante – A. Pressotto – M. Serraino, *Libertà dal carcere Libertà nel carcere*, ed. Giappichelli, Torino, 2013.

²⁸ Cfr. S. Ardita – L. Degli'Innocenti – F. Faldi, *Diritto penitenziario*, ed. Laurus, Roma, 2014.

²⁹ P. Corvi, *Trattamento*, op. cit. p. 141.

³⁰ In questi termini si pronuncia la Corte costituzionale nella sent. 349 del 24-28 luglio 1993.

l. 26 luglio 1975, n.354, in materia di trattamento penitenziario”) con la quale ha oltrepassato la logica emergenziale ed ha introdotto stabilmente nel nostro ordinamento il regime detentivo speciale, interrompendo la prassi delle proroghe regime poste in essere per un decennio che avevano prolungato l’efficacia di un istituto predisposto in una situazione di emergenza e concepito come temporaneo³¹. La disciplina del carcere duro ha poi trovato il suo assetto legislativo definitivo nella legge del 15 luglio 2009 n. 94, nella quale il legislatore ha modificato alcuni aspetti delle impugnazioni del provvedimento che dispone l’applicazione del regime detentivo speciale e la sua proroga attribuendo inoltre la competenza a decidere del reclamo al Tribunale di sorveglianza di Roma.

II.2.2 (segue) cenni sul contenuto

L’art. 41-*bis* o. p. disciplina due ipotesi di sospensione delle regole normali di trattamento penitenziario. La prima ipotesi è regolamentata dal comma 1 e ricorre in casi eccezionali di rivolta o in situazioni di emergenza, per cui in tali circostanze la sospensione delle normali regole si protrae per il tempo strettamente necessario al ripristino dell’ordine. La seconda ipotesi di sospensione è prevista dal comma 2 e si attua quando sussistono gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, per un periodo iniziale di quattro anni prorogabili per ulteriori intervalli di due anni ciascuno. Affinché sia applicabile il comma 2 dell’art. 41-*bis* devono ricorrere due presupposti: il primo è l’esistenza di una condanna o di un’imputazione per uno dei delitti previsti dal comma 1 dell’art. 4-*bis* o. p. o per un delitto commesso in ambito mafioso. Il secondo presupposto ha a che fare con l’acquisizione di elementi probatori che facciano ritenere esistenti dei collegamenti con associazioni mafiose, criminali o eversive³². Il provvedimento che dispone l’adozione del regime di detenzione speciale è di competenza del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell’interno e sentito l’ufficio del pubblico ministero competente ad acquisire le informazioni necessarie dagli organi di pubblica sicurezza.

In caso di sottoposizione del detenuto al regime dell’art. 41-*bis* o. p. l’amministrazione penitenziaria non può sospendere completamente le norme che hanno a che fare con i diritti fondamentali dei ristretti o che attengono al soddisfacimento dei loro bisogni primari.

La dottrina ritiene che per delimitare l’ambito di incidenza dell’art. 41-*bis* o. p. e capire quali sono le regole normali oggetto di sospensione è necessario ricorrere alle disposizioni dell’art. 14-*quater* o. p., che disciplina il contenuto del regime di

³¹ Cfr. P. Corvi, *Trattamento*, op. cit. .

³² Officina del Diritto, *Le pratiche del detenuto*, Officina del diritto ed. , Giuffrè, 2013.

sorveglianza particolare. L'art. 14-*quater* o. p. precisa che le restrizioni non possono riguardare: l'igiene, la salute, il vitto, il vestiario, il corredo ed altri aspetti dei bisogni primari degli internati. Eppure, il regime previsto dall'art. 14-*quater* o. p. è differente da quello disciplinato ex art. 41-*bis* o. p.: la prima differenza si coglie a livello sistematico e riguarda la diversa collocazione spettante ai due articoli che implica anche una diversità di presupposti applicativi; tuttavia, la *ratio* sottesa ai due articoli è la medesima e coincide con la sospensione delle normali regole del trattamento penitenziario finalizzate a garantire la corretta realizzazione del trattamento rieducativo degli internati altamente pericolosi per i quali è necessario recidere ogni legame con il mondo esterno³³.

Il contenuto del regime detentivo speciale è disciplinato dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* che statuisce una serie di limitazioni: il ristretto può beneficiare di un solo colloquio al mese con i propri familiari che si svolgerà in modo da impedire il passaggio di oggetti con il detenuto, a quest'ultimo è inoltre totalmente vietato effettuare colloqui con estranei; l'internato deve attenersi ad una limitazione del possesso di oggetti e somme di denaro che possono essere ricevuti dall'esterno. La Corte costituzionale con la sentenza n. 190 del 26-28 maggio 2010, si è pronunciata sulla riduzione del limite di massimo di due ore al giorno di permanenza all'aperto del detenuto soggetto al regime dell'art. 41-*bis*, stabilendo che tale riduzione può essere sempre oggetto di reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza ogni volta che il detenuto ritenga leso un proprio diritto soggettivo, per esempio attinente al diritto alla salute, per cui nell'eventualità che la riduzione del limite di permanenza all'esterno si traduca in una lesione di un diritto fondamentale dell'internato essa non è mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza. Tra le altre limitazioni si annovera l'apposizione del visto di censura sulla corrispondenza, salvo quella intercorrente con i membri del Parlamento o con autorità europee e nazionali competenti in materia di giustizia. Ai detenuti è imposto un limite massimo di due ore giornaliere di permanenza all'esterno e comunque il divieto di aggregarsi in gruppi superiori a quattro persone, in generale i detenuti sottoposti al regime speciale di rigore possono frequentare un numero contenuto di altri ristretti ed è fatto loro divieto di partecipare alle rappresentanze dei detenuti e degli internati.

II.2.3 Questioni costituzionali

È necessario verificare la compatibilità tra il regime detentivo differenziato ed il principio di uguaglianza sancito nell'art. 3 Cost., in altre parole occorre analizzare se le restrizioni scaturenti dall'art. 41-*bis* o. p. implicano non solo un'aggiunta di sofferenza

³³ Cfr. V. Grevi – G. Giostra – F. Della Casa, *Ordinamento*, op. cit..

ingiustificata nei confronti del ristretto ma anche un trattamento discriminatorio nei confronti del detenuto.

La dottrina ha ritenuto che le limitazioni disposte nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o. p. sono congrue al raggiungimento dello scopo che coincide con la *riduzione* (non eliminazione) delle occasioni di contatto tra gli internati e le associazioni criminali di appartenenza esistenti nel mondo esterno. Tuttavia, il regime di detenzione speciale non esclude del tutto i contatti del ristretto con la realtà extra-muraria, per cui un solo contatto che sia un colloquio o una telefonata potrebbe compromettere il raggiungimento delle finalità sottese all'art. 41-*bis* o. p.. Pertanto la *ratio* di tale regime non è quella di annullare ogni legame tra il detenuto e la sua associazione criminale, ma quella di “diminuirne le occasioni”³⁴, ovvero sia cercare il più possibile di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica non compromettendo del tutto la sfera giuridica del detenuto.

Il legislatore “ha consapevolmente concepito il regime di cui all'art. 41-*bis* come strumento *geneticamente* imperfetto, nella consapevolezza che solo questa prospettiva compromissoria, che persegue le esigenze di difesa sociale facendo però salvi i diritti incompressibili della persona, è ciò che lo rende uno strumento tollerabile in uno Stato di diritto”³⁵. Le restrizioni previste dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o. p. sono funzionali al raggiungimento degli obbiettivi che stanno alla base del regime detentivo speciale quindi sono razionali perché non contrastano con l'art. 3 Cost. dal momento che non integrano un trattamento penitenziario irragionevolmente discriminatorio. L'utilità dell'art. 41-*bis* o. p. si estrinseca solo se durante il periodo di detenzione, tale regime riesca ad “impedire la commissione di reati per lo meno durante il periodo di privazione della libertà personale del detenuto”³⁶, per cui alla base del regime si collocano le ineludibili esigenze di prevenzione speciale. Si nota quindi che l'art. 41-*bis* o. p. è uno strumento necessario nell'ordinamento giuridico, infatti qualora il legislatore decidesse di abrogarlo *in toto* esso seguirebbe ad esistere e a produrre effetti nella prassi degli istituti di pena anche se privo di una base legislativa.

È necessario chiedersi che rapporto intercorre tra il regime detentivo speciale e la finalità rieducativa della pena dal momento che la sospensione delle regole ordinarie di esecuzione del trattamento penitenziario appare poco conciliabile con l'art. 27, comma 3 Cost. . Detto regime non consentiva di predisporre programmi rieducativi differenziati e basati sull'individuazione del trattamento scaturenti dall'osservazione della personalità del reo per rendere effettiva la finalità rieducativa. La Corte costituzionale è intervenuta sulla questione con la sentenza n. 376 del 26 novembre – 5 dicembre 1997 nella quale ha stabilito che il regime *ex art. 41-bis* o. p. non deve precludere al detenuto la fruizione del programma rieducativo ed ha vietato l'adozione

³⁴A. Gaboardi - A.Gargani, *Libertà*, op. cit. p. 134.

³⁵A. Gaboardi - A.Gargani, *Libertà*, op. cit. p. 134.

³⁶A. Gaboardi - A.Gargani, *Libertà*, op. cit. p.125.

di qualsivoglia misura restrittiva che comprima del tutto la finalità rieducativa della pena, contravvenendo al dettato dell'art. 27 comma 3 Cost. .

Quanto alla libertà di informazione spettante ai detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione di grande importanza è la circolare D.A.P. del 16 novembre 2011, n. 8845 che ha disposto nuove regole sull'acquisto e la circolazione di stampe, libri, abbonamenti e testi nella camera di detenzione per gli internati sottoposti al regime *ex art. 41-bis o. p.*. La circolare ha disposto delle limitazioni in materia giustificate dalla finalità di recidere i legami degli internati con l'esterno; infatti la circolare ha precisato che tramite "tecniche di linguaggio criptico, attraverso il ricevimento o la consegna dei libri" era possibile che i detenuti ricevessero o facessero pervenire all'esterno dei messaggi rivolti alle associazioni criminali di appartenenza, inoltre l'accumulo di testi presso l'ambiente detentivo rendeva problematici gli ordinari controlli e le perquisizioni dei detenuti.

La suddetta circolare D.A.P. ha sollevato non poche critiche, eppure la dottrina ha chiarito che la stessa non lede il diritto all'informazione *ex art. 21 Cost.* spettante anche al detenuto, il quale può ugualmente utilizzare strumenti informativi solo se sottoposti ad un controllo più rigoroso sulla provenienza dei libri e delle stampe, purché si vieti al ristretto di effettuare scambi di libri e materiale parificato con i propri familiari, dal momento che gli stessi potrebbero contenere messaggi celati o criptici di non facile individuazione dal personale penitenziario addetto alla sorveglianza ed al controllo. Non si ritiene leso neppure il diritto allo studio del detenuto, dal momento che la circolare impone solamente il possesso di un numero limitato di libri, volumi e stampe, ma non nega allo stesso il diritto di studiare. Tuttavia, esiste un limite implicito gravante sulla circolare vale a dire che la stessa non renda maggiormente gravose le regole cui è destinatario il detenuto sottoposto al regime dell'art. 41-*bis o. p.* e che non si verifichi una inutile compressione dei diritti costituzionali spettanti anche al detenuto³⁷.

Alcuni anni dopo la questione gravitante intorno al diritto dei detenuti di ricevere libri e stampe è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale che, con la sentenza. n. 122 dell'8 febbraio 2017, ha giudicato sull'eccezione d'illegittimità delle disposizioni sull'ottenimento di libri e stampe in favore dei detenuti sottoposti al carcere duro sollevata dal Magistrato di sorveglianza del carcere di Spoleto. Il giudice *a quo* aveva ritenuto tali limitazioni lesive dell'art. 15 Cost. sulla libertà di corrispondenza e di "ogni altra forma di comunicazione" ritenuta inviolabile. La Corte costituzionale, però, ha dichiarato infondata la questione ed ha ritenuto che la libertà di corrispondenza dei detenuti non risulta compressa dalle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, "nel rispetto dei limiti connessi alla necessità di affidarsi all'amministrazione penitenziaria

³⁷ Cfr. S. Ardita – L. Degli'Innocenti – F. Faldi, *Diritto penitenziario*, ed. Laurus, Roma, 2014.

per quanto concerne lo smistamento della posta, il visto di controllo, la fornitura degli strumenti di cancelleria e di affrancatura necessari³⁸».

L'ultimo provvedimento che il Ministero della giustizia ha emesso in materia di detenzione speciale è la circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 la cui *ratio* è organizzare al meglio la gestione di tale regime. La circolare è composta da ben 37 articoli e regola minuziosamente diversi aspetti della quotidianità dei detenuti sottoposti al regime previsto dall'art. 41-bis o. p. , come per esempio: le modalità di notifica del decreto che dispone l'applicazione del regime, le regole di mantenimento dell'ordine all'interno delle sezioni, la gestione del peculio e della spesa, la fruizione della palestra, della sala ricreativa e di pittura... L'attenzione che l'amministrazione penitenziaria rivolge a tale regime detentivo si evince non solo dalla onnicomprensività della circolare ma anche perché nella stessa premessa al testo normativo, il capo dell'amministrazione penitenziaria, Santi Consolo, precisa che la circolare ha l'obiettivo di garantire il rispetto dei diritti dei detenuti e "l'uniformità delle prassi" che caratterizzano il regime detentivo speciale *ex art. 41-bis o.p.*³⁹.

La giurisprudenza ha analizzato fino a che punto sono giustificate le restrizioni *ex art. 41-bis o. p.* non solo alla luce del dettato costituzionale, ma anche in relazione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, verificando la compatibilità tra l'art. 41-bis o. p. e gli articoli 3 (divieto di trattamenti o pene inumani o degradanti) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione. Si ricordino alcune tra le sentenze più pregnanti in materia.

La Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Gallico c. Italia*, con sentenza del 28 giugno 2005, ha affrontato il tema del decorso del tempo: il ricorrente ha sostenuto che la sottoposizione al regime del "carcere" duro per più di dodici anni abbia integrato una violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione. La Corte invece ha chiarito che l'applicazione del regime speciale non ha comportato sofferenze e umiliazioni tali da integrare un trattamento inumano o degradante della persona poiché la sua detenzione non ha oltrepassato le affezioni ordinarie che comporta la sottoposizione alla carcerazione speciale, la Corte ha ammesso quindi la piena compatibilità tra le limitazioni dell'art. 41-bis o. p. e l'art. 3 della Convenzione anche in virtù dei fatti contestati al ricorrente, che ha commesso crimini di notevole gravità. La Corte nega anche la violazione dell'art. 8 causata dal solo decorso del tempo. Tuttavia tale orientamento è stato ribaltato successivamente dalla stessa Corte europea

³⁸ F. Mannella, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41-bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione in materia penitenziaria*, *Costituzionalismo – Fascicolo n. 1/2017*, cit. p. 128.
http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201701_620.pdf.

³⁹ Così precisa il Ministero della giustizia (Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio del capo del dipartimento) nella circolare n. 3676/6126
http://www.ristretti.it/commenti/2017/ottobre/pdf/circolare_41bis.pdf.

dei diritti dell'uomo (*Argenti c. Italia*; C. eur. 1 dicembre 2009 e *Dell'Anna c. Italia*; C. eur. 17 settembre 2009) la quale ha ritenuto che una prolungata soggezione al regime speciale di rigore può tradursi in un trattamento inumano e degradante lesivo dell'art. 3 della Convenzione, ma la Corte chiarisce che non è possibile determinare *ab origine* dopo quanto tempo si integri il trattamento inumano o venga leso il diritto al rispetto della vita privata della persona violando gli articoli 3 e 8 della Convenzione e che la valutazione deve essere effettuata caso per caso.

II.3 La detenzione di persone in precarie condizioni di salute: il caso Totò Riina

La detenzione del boss Totò Riina oltre ad aver fomentato le considerazioni sul funzionamento dell'art. 41-*bis* o. p., di cui si è detto, ha riaperto le questioni sottese alla detenzione di persone che versano in precarie condizioni di salute. La rinnovata analisi di contemperamento tra la pena detentiva e la tutela della salute garantita dall'art. 32 Cost. è emersa a seguito del ricorso⁴⁰ presentato dal boss dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (*Salvatore Riina c. Italia*) nel 2009, nel quale aveva sostenuto che a causa delle precarie condizioni psicofisiche in cui si trovava all'epoca del ricorso il suo *status* detentivo abbia violato gli articoli 3 ed 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il 19 marzo 2013 la seconda sezione della Corte ha rigettato detto ricorso, pertanto occorre analizzare più specificatamente i motivi della decisione alla luce degli orientamenti pregressi della stessa Corte.

Nel caso di specie il ricorrente aveva invocato l'art. 3 della Convenzione, avendo ritenuto di essere stato sottoposto ripetutamente a trattamenti inumani e degradanti perpetratisi in diverse modalità e con notevoli ripercussioni sul proprio stato di salute. Tra i trattamenti inumani descritti figuravano: la sottoposizione al regime speciale di detenzione *ex art. 41-bis* o. p. che avrebbe implicato una lesione dell'integrità psico-fisica del ricorrente, già gravemente compromessa, e la costante illuminazione anche notturna della cella in cui era detenuto. Riina aveva denunciato come trattamento inumano e degradante anche la continua sottoposizione alla videosorveglianza del suo spazio detentivo, finanche durante l'espletamento dei bisogni fisiologici, ritenuta finanche lesiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 della Convenzione. Il ricorrente aveva ritenuto violato il citato art. 8 della Convenzione anche per le restrizioni in materia di colloqui a lui spettanti, svolti in modo da impedire il contatto fisico, a causa di un vetro divisorio interposto tra il detenuto e quanti si recavano a trovarlo. Ulteriore violazione di detto articolo si sarebbe

⁴⁰ Ricorso n. 43575/09.

verificata a seguito del controllo della corrispondenza di Riina e del trattenimento di parte di essa dalle autorità penitenziarie sostenuto dal ricorrente.

Nel caso in esame rilevava in prima battuta la questione sulla compatibilità tra la detenzione del ricorrente e le sue precarie condizioni di salute. La Corte europea dei diritti dell'uomo si era già pronunciata in diverse occasioni⁴¹ su tale questione, stabilendo che lo *status* detentivo non deve ostacolare l'adeguata somministrazione delle cure mediche necessarie per il detenuto cui devono essere garantite la salute ed il benessere.

In generale, nei ricorsi che hanno avuto ad oggetto la tutela del diritto alla salute in carcere, la Corte si è attenuta a dei parametri ben precisi applicati già ai casi *Farbtuhs c. Lettonia* (2 dicembre 2004) e *Sakkopoulos c. Grecia* (15 gennaio 2004), per verificare se la carcerazione avesse compromesso l'integrità psico-fisica del detenuto. Per effettuare la valutazione, la Corte ha tenuto conto: delle condizioni del detenuto, della qualità delle cure che gli sono somministrate e dell'opportunità del mantenimento della pena detentiva alla luce delle condizioni di salute del ricorrente. Nel caso *Riina c. Italia* la Corte ha analizzato meticolosamente sia questi parametri che le istanze di scarcerazione o di detenzione domiciliare che Riina aveva già presentato svariate volte ai Tribunali di sorveglianza. Benché il ricorrente fosse affetto da diverse patologie, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto manifestamente infondati i motivi del ricorso giacché i giudici nazionali hanno ritenuto che le modalità di somministrazione delle cure presso l'istituto di pena fossero adeguate alle condizioni di salute del ricorrente, adempiendo l'obbligo di tutela dell'integrità psico-fisica dello stesso. La Corte ha perciò stabilito che il trattamento riservato a Riina non ha ecceduto "l'inevitabile livello di sofferenza"⁴², che sottende la condizione detentiva ed ha escluso che il suo trattamento penitenziario fosse stato inumano e degradante; non si è quindi profilata una lesione dell'art. 3 della Convenzione⁴³.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo offre una tutela indiretta del diritto alla salute poiché non esiste una disposizione che esplicitamente gli sia dedicata; esso, infatti, è menzionato solo come motivo che sottende le restrizioni apposte ad alcuni diritti. Infatti la protezione della salute legittima le restrizioni: al diritto al rispetto della vita privata e familiare in base all'art. 8 della Convenzione, alle libertà di pensiero, di coscienza e di religione garantite dall'art. 9 della Convenzione, alla libertà di riunione e

⁴¹ A titolo meramente esemplificativo si ricordino: *Kudla c. Polonia*; C. eur. 26 ottobre 2000. *Rivière c. Francia*; C. eur. 11 luglio 2006. *Farbtuhs c. Lettonia*; 2 dicembre 2004.

⁴² F. Buffa, *Il detenuto Riina e la Cedu*, *Questione Giustizia*, 2017, cit. http://questionegiustizia.it/articolo/il-detenuto-riina-e-la-cedu_09-06-2017.php.

⁴³ La Corte ha rigettato anche gli altri motivi alla base del ricorso ritendendo che l'illuminazione notturna della cella del ricorrente, il controllo della sua corrispondenza, la sottoposizione al sistema di videosorveglianza, la disciplina dei colloqui e lo stato di sottoposizione al regime speciale di detenzione ex art. 41-bis o. p. dovessero ritenersi giustificati in virtù della pericolosità del detenuto, questi trattamenti non sono stati ritenuti contrari all'art. 3 della Convenzione.

di associazione tutelata dall'art. 11 della Convenzione ed alla libertà di circolazione disciplinata dal Protocollo n. 4 della Convenzione. Emerge immediatamente la mancanza di una disposizione *ad hoc* a tutela della salute nella Convenzione, presente invece nella nostra Costituzione all' art. 32. La mancata esplicitazione non ha impedito alla Corte europea dei diritti dell'uomo di salvaguardare il diritto alla salute come diritto sociale ricavando la sua tutela nell'alveo di altri diritti: come il diritto alla vita (art. 2 Convenzione), il divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Convenzione) e dal diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Convenzione)⁴⁴. Quanto esposto non implica una minore tutela del diritto alla salute, neppure per quanti versano in situazioni di privazione della libertà personale. Infatti, già dal caso *Cara-Damiani c. Italia* (7 febbraio 2012) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha censurato il nostro Stato per non aver garantito uno *standard* adeguato di assistenza sanitaria in carcere al detenuto affetto da paraparesi agli arti inferiori e da disturbi cardiaci e dell'apparato digerente. Lo Stato, e più specificatamente l'ordinamento penitenziario, avrebbero dovuto garantire al detenuto un livello di assistenza sanitaria equiparabile a quello garantito alla restante popolazione, tenendo conto della specificità delle esigenze sottese alla carcerazione.

Tornando al caso Riina si ritiene che all'epoca dei fatti il ricorrente versasse in uno stato di salute certamente compromesso ma non tale da impedire l'esecuzione della pena o da incorrere in un trattamento contrario al senso di umanità ex art. 27 Cost. e art. 3 Convenzione; allo stesso tempo, non è stato negato al detenuto il diritto ad un'assistenza sanitaria adeguata fino alla fine dei suoi giorni; la salute di Riina è stata, infatti, monitorata e sono stati anche effettuati dei ricoveri presso l'ospedale di Parma, rendendo quindi effettivo il diritto al godimento delle cure mediche ex art. 32 Cost. Nondimeno, in prossimità della fine della sua vita, si è riaperto il dibattito sul diritto ad una morte dignitosa spettante anche ai criminali più efferati che tuttavia non può essere approfondito in questa sede⁴⁵.

II.4 Il Garante Nazionale dei detenuti o delle persone private della libertà personale

Il nostro ordinamento ha introdotto la figura del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale mediante l'art. 7 del d. l. del 23

⁴⁴ Cfr. F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Diritto penale contemporaneo, 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5181-la-tutela-del-diritto-alla-salute-in-carcere-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-d>.

⁴⁵ Cfr. Redazione, *Riina, La Cassazione: "Il boss è malato ma ha diritto ad una morte dignitosa"*. Critiche da M5s a Pd: "Resti in carcere", Il fatto quotidiano, 2017, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/06/05/riina-la-cassazione-il-boss-e-malato-ma-ha-diritto-ad-una-morte-dignitosa-critiche-da-m5s-pd-resti-carcere/3637260/>.

dicembre 2013, n. 146 (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito con modifiche nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, avente il compito di vigilare e monitorare le condizioni detentive degli internati.

Non sorprende che detta istituzione sia stata introdotta mediante un decreto-legge che ha avuto come obbiettivo la riduzione delle unità di detenuti presenti negli istituti di pena, adempiendo gli obblighi imposti al nostro Stato mediante la sentenza Torreggiani (*infra*, cap. III par. 2.3) della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per cui il d. l. 146/2013, oltre a prevedere concrete misure svuota-carceri, ha disposto l'introduzione del Garante Nazionale dei detenuti come organo preposto alla tutela dei diritti fondamentali degli internati che si ritengano violati nelle situazioni di *overcrowding* ed in generale ogni volta che il detenuto sia sottoposto ad un trattamento inumano e degradante⁴⁶.

L'introduzione del Garante Nazionale dei detenuti ha, inoltre, dato attuazione agli obblighi scaturenti dai trattati internazionali in materia penitenziaria. A questo proposito si ricordi che il 18 dicembre 2002 è stato adottato dall'Assemblea generale dell'ONU il Protocollo Opzionale alla Convenzione contro la Tortura (OPCAT), ratificato dall'Italia il 3 aprile 2013, il cui art. 3 statuisce che "ogni Stato membro deve designare o mantenere nell'ordinamento interno uno o più organi di visita per la prevenzione della tortura o di altri trattamenti e punizioni crudeli, inumani e degradanti⁴⁷". L'Italia ha dato esecuzione agli obblighi assunti mediante la Convenzione contro la Tortura con l'introduzione del Garante Nazionale dei detenuti; tuttavia, solo con il decreto del ministero della giustizia n. 36 dell'11 marzo 2015 detto organo è stato formalmente costituito.

Il Garante Nazionale dei detenuti durante la Relazione al Parlamento, del 21 marzo 2017, ha precisato che compito precipuo dell'istituzione è la "tutela (dei) diritti fondamentali di chi, in posizione di restrizione della propria libertà di agire autonomamente, deve essere maggiormente sostenuto da organi istituzionalmente deputati a far sì che i diritti sanciti da atti normativi di diverso livello non siano mere enunciazioni ma siano agiti nel concreto, nella quotidianità della vita ristretta⁴⁸".

Il Garante Nazionale dei detenuti è un'autorità amministrativa indipendente e di garanzia, composta da tre membri nominati dal Presidente della Repubblica tra i quali

⁴⁶ Cfr. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, Diritto Penale Contemporaneo, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2744>.

⁴⁷ "Each State party shall set up, designate or maintain at the domestic level one or several visiting bodies for the prevention of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

⁴⁸ Così si esprime il Presidente del Collegio del Garante Nazionale dei detenuti Mauro Palma nella relazione al Parlamento; cit. p. 2. <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/471a2f1b053ef35c02849a27ab26f2e2.pdf>.

uno svolgerà le funzioni di Presidente. In quanto autorità indipendente dal punto di vista soggettivo tale carica non può essere conferita ai dipendenti della pubblica amministrazione; inoltre, i membri di detto organo non possono ricoprire incarichi in partiti politici né ricoprire cariche istituzionali⁴⁹.

Nello svolgimento delle sue funzioni il Garante Nazionale dei detenuti collabora con i Garanti territoriali delle persone detenute o private della libertà personale, promuovendo interventi ed azioni comuni per la salvaguardia dei diritti fondamentali dei ristretti.

In particolare il Garante dei detenuti riceve segnalazioni sulle violazioni delle norme penitenziarie o sul mancato rispetto dei diritti fondamentali dei detenuti e, conseguentemente, richiede chiarimenti ed interventi alle autorità competenti, può visitare gli istituti di pena senza autorizzazione ex art. 67 o. p., effettuare colloqui con gli internati, analizzare il fascicolo del detenuto previo consenso dell'interessato e vigilare affinché l'esecuzione del trattamento penitenziario sia conforme ai principi costituzionali.

È interessante soffermarsi sul comunicato stampa del Garante Nazionale dei detenuti del 20 luglio 2017, con cui ha manifestato la sua preoccupazione per i suicidi in carcere, in crescita rispetto all'anno precedente ed ha annunciato il personale impegno per l'approfondimento delle circostanze che li hanno prodotti. Prendendo atto della situazione, il Garante ha avviato un'azione senza precedenti dichiarando di intervenire nelle indagini relative ai casi di suicidio come parte offesa dal reato (in base agli artt. 90 e seguenti del c. p. p.) con la finalità di analizzarne le cause e di rendere effettivi gli obbiettivi alla base del decreto ministeriale n. 36 del 215⁵⁰. Si tratta di una presa di posizione dirompente e che potrebbe condurre a dei risvolti significativi nell'analisi del problema del suicidio carcerario, fatalmente connesso con l'*overcrowding*, dal momento che alla persona offesa dal reato spettano ampie facoltà di intervento nelle fasi del procedimento: può partecipare ad accertamenti tecnici non ripetibili ex art. 360 c. p. p., può prendere visione degli atti depositati in base all'art. 366 c. p. p., può opporsi alla richiesta di archiviazione ex art. 410 c. p. p. ... queste sono solo alcune delle azioni che può esperire la persona offesa dal reato (la cui analisi meriterebbe una trattazione a sé stante) e queste azioni esercitate dal Garante Nazionale dei detenuti potrebbero essere già sufficienti a fare maggiore chiarezza sui casi di suicidio e maltrattamenti negli istituti penitenziari.

⁴⁹ Cfr. F. Caprioli – L. Scomparin, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, ed. Giappichelli, Torino, 2015.

⁵⁰ Cfr. Comunicato stampa del Presidente Mauro Palma <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/b34836a71b0339e3f3ea2dd01dc12eeb.pdf>.

II.4.1 Colloquio con il Garante siciliano per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti: Professore Giovanni Fiandaca

Nell'ambito della presente trattazione riservata alla detenzione patologica ed in particolare al problema del *prison overcrowding* chi scrive in data 23 luglio 2018 ha intervistato l'attuale Garante siciliano dei detenuti, Prof. Giovanni Fiandaca⁵¹, con l'intento di arricchire lo studio che si sta svolgendo di riscontri attuali del sistema penitenziario siciliano e di ricostruirli alla luce del volto costituzionale della pena.

Prima di entrare nel vivo del confronto è necessaria una breve chiosa sull'ufficio del Garante.

L'art. 33 della legge regionale siciliana 19 maggio 2005, n. 5 ha introdotto la figura del "Garante per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e per il loro reinserimento sociale", il che ha implicato una importante novità nell'ordinamento penitenziario regionale. Rimasta vacante dal 2013 al 2016, a tale carica con decreto presidenziale n. 145 del 20 aprile 2016 è stato nominato il Prof. Giovanni Fiandaca, il quale si è insediato nelle sue funzioni il 27 maggio 2016.

Ogni anno il Garante è tenuto a presentare una relazione annuale all'Assemblea regionale siciliana avente ad oggetto un riepilogo delle attività svolte in materia penitenziaria ed eventuali proposte legislative.

Attualmente il Garante si trova nella fase di stesura della relazione relativa all'anno 2018; tuttavia, nell'ambito di una prima elaborazione dei dati pertinenti agli istituti penitenziari siciliani, ha chiarito di non aver riscontrato significative differenze con quanto da egli stesso scritto relativamente all'anno 2017.

Durante l'intervista il Prof. Fiandaca è partito da alcune considerazioni introduttive, ha spiegato che in Sicilia esistono ventitré istituti penitenziari collocati pressoché in tutti i contesti provinciali. Quelli geograficamente più vicini a chi scrive sono gli istituti di Piazza Armerina, San Cataldo, Caltanissetta ed il carcere "Cavallacci" di Termini Imerese nel quale sono detenuti circa 80 ristretti. In proposito il Garante ha puntualizzato che le carceri di dimensioni contenute sono più vivibili perché ogni detenuto è conosciuto meglio nella sua individualità e ciò permette la realizzabilità di un migliore trattamento penitenziario, rispetto a grandi istituti di pena come il carcere "Pagliarelli" di Palermo che è al terzo posto delle carceri con più unità di ristretti in Italia. Ne consegue che le condizioni dei vari istituti penitenziari siciliani non sono uguali dal punto di vista della vivibilità come ben si evince dalla relazione annuale del Garante del 2017.

⁵¹ Ordinario di diritto penale dell'Università di Palermo.

Occorre analizzare i dati in materia di popolazione carceraria in Sicilia relativi all'anno 2017⁵² per studiare il rapporto tra la capienza effettiva e la capienza regolamentare degli istituti di pena e verificare possibili situazioni di *prison overcrowding*. In generale il Garante ha spiegato che non si ravvisano significative differenze tra gli istituti di pena siciliani ed il resto della media nazionale e che a fronte di circa 58.000 detenuti presenti nelle carceri italiane, la nostra regione ne ha allocati circa 6.000.

In particolare dalla relazione del Garante del 2017 è emerso che la Sicilia, con i suoi 6.184 detenuti, si colloca al terzo posto in Italia per popolazione carceraria, preceduta solo dalla Lombardia e dalla Campania⁵³. I dati relativi alla Sicilia non allarmano poiché, a fronte della capienza regolamentare di 6.197 detenuti allocabili, si è registrata la presenza di 6.184 ristretti, come sopra esplicitato. È però preoccupante sapere che il 22% di essi sono ancora in attesa di giudizio.

Quanto allo spazio minimo vitale, nella relazione annuale del Garante è stato rilevato che ciascun ristretto beneficia di uno spazio minimo di 3 m² e che dalla superficie in questione è stato già sottratto lo spazio occupato dagli arredi fissi e dai servizi igienici. Tuttavia se si sottraesse dall'area in questione anche lo spazio occupato dal letto, rendendo così effettive le statuizioni della Cassazione sez. I nella sentenza del 13 dicembre 2016, n. 52819 un carcere come il "Pagliarelli" di Palermo potrebbe ospitare solamente circa 600 detenuti a fronte degli attuali 1200.

In merito alla detenzione di persone in precarie condizioni di salute nel corso del colloquio è emerso che presso il carcere "Pagliarelli" di Palermo quasi il 50% degli internati soffre di patologie psichiatriche come conseguenza della condizione detentiva, ma ciò non costituisce elemento di novità poiché già dichiarato dal Garante anche nel corso di varie interviste⁵⁴. Partendo da tale considerazione si è giunti alla conseguenza che in Sicilia, ed in Italia in generale, è aumentato il fabbisogno di assistenza psichiatrica e psicologica nelle carceri e ciò influenza inevitabilmente il modo di concepire il trattamento rieducativo poiché per la sua realizzazione è necessaria una maggiore individualizzazione del programma di trattamento oltre ad un supporto di tipo terapeutico per il detenuto. Tuttavia l'elaborazione di un piano terapeutico individualizzato diventa di difficile realizzazione per un numero così alto di detenuti posto che vi è una significativa carenza di personale specializzato che non sembra nel breve periodo possa essere colmata. Serpeggia infatti una preoccupazione politica

⁵² I dati relativi alla popolazione carceraria del 2018 sono in corso di elaborazione quindi per la stesura di questo paragrafo si è fatto riferimento ai dati statistici emersi dalla relazione del Garante del 2017 e che hanno analizzato il periodo dal 1° giugno 2016 al 31 maggio 2017.

⁵³ La Lombardia con i suoi .8074 detenuti ed è seguita dalla Campania che alloca circa mille detenuti in meno (7.079).

⁵⁴ A titolo di esempio di veda: D. Aliprandi, *Palermo: il Garante Fiandaca "metà dei detenuti del Pagliarelli ha problemi psichiatrici"*, Il Dubbio, 20 ottobre 2017, <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/palermo-il-garante-fiandaca-qmeta-dei-detenuti-del-pagliarelli-ha-problemi-psichiatriciq>.

trasversale (non sedimentata in particolari partiti) ad indirizzare risorse economiche rilevanti al sistema penitenziario poiché si teme come ritorsione che questa scelta possa non essere condivisa dalla popolazione per cui, oltre ad un difficile recepimento delle finanze da utilizzare per l'assunzione di nuove figure tecnico-sanitarie, la classe politica teme un'opinione pubblica negativa realizzando attività interventistiche in tal senso. Non è possibile in questa sede studiare le attuali articolazioni di fruizione dell'assistenza sanitaria penitenziaria; è importante, però, sapere che il Garante ha precisato che l'obiettivo da raggiungere è garantire ai ristretti un livello di assistenza sanitaria almeno equivalente a quello della residuale società civile.

Nel corso del colloquio il Garante ha affrontato il tema delle REMS (Residenze esecuzione misure di sicurezza) che hanno sostituito gli ospedali psichiatrici giudiziari e che detengono gli autori di reati riconosciuti incapaci di intendere e di volere.

Partendo dalle considerazioni che il Garante aveva espresso in un'intervista⁵⁵ di pochi giorni prima, lo stesso ha illustrato che in generale è cresciuto il numero dei detenuti affetti da disturbi psicologicamente o psichiatricamente rilevanti; tuttavia molti di essi non soffrono di patologie psichiatriche *strictu sensu* per cui sono stati condannati come autori normali di reati e destinati a scontare la propria pena in carcere. Inoltre il Prof. Fiandaca ha precisato che sarebbe auspicabile un aumento del numero di REMS in Sicilia, dal momento che le sole strutture di Caltagirone e Naso non sono più sufficienti.

Ulteriore problematica su cui si è espresso il Garante è stata quella della stasi in cui versa la riforma dell'ordinamento penitenziario che “è stata tumulata⁵⁶” dal ministro Bonafede.

Il Prof. Fiandaca ha esordito dicendo che, a prescindere da ogni ipotetica riforma possibile, è necessario preliminarmente capire che “i problemi del carcere nascono dal fatto che il carcere è la vera questione di fondo per il modo in cui viene utilizzato” e cioè in misura quantitativamente maggiore rispetto a quanto sarebbe necessario. Infatti per una quantità rilevante di reati non ci sarebbe bisogno di ricorrere ad una sanzione detentiva; inoltre ad un numero consistente di condannati la detenzione provoca dei danni (a scapito della finalità rieducativa della pena) e questa considerazione era già emersa dagli scritti dell'epoca illuministica e suffragata da studi psicologici e criminologici. Tuttavia una riforma del sistema penitenziario è fortemente necessaria poiché è lo stesso Garante, nel corso del nostro colloquio, a ritenere che oggi con

⁵⁵ S. Termini, *Carcere, il garante: “inderogabile la realizzazione in Sicilia di nuove Rems”*, 20 luglio 2018, <http://www.agenzia.redattoresociale.it/Notiziario/Articolo589181/Carcere-il-garante-inderogabile-la-realizzazione-in-Sicilia-di-nuove-Rems>.

⁵⁶ Così si esprime D. Aliprandi, *“Restino tutti in cella” Bonafede tumula la riforma del carcere*, Il Dubbio, 16 giugno 2018, <http://ildubbio.news/ildubbio/2018/06/16/restino-tutti-cella-bonafede-tumula-la-riforma-del-carcere/>.

la “drammatizzazione politico-mediatica dei sentimenti collettivi” la popolazione ha sviluppato un sentimento di insicurezza che porta a ritenere che il carcere sia la panacea. Sarebbe, invece, necessaria un’opera di pedagogia collettiva che faccia capire che “il carcere non è la soluzione ai problemi ma spesso è il problema”; tuttavia, fintantoché questo fenomeno non si realizzerà, l’orientamento prevalente della collettività sarà di tipo iper-punitivistico e torneranno a riproporsi le questioni problematiche sul funzionamento del sistema penitenziario.

Posto che il Garante è anche un accademico con competenza spiccatamente penalistica e costituzionale, nel corso dell’incontro è stata affrontata la *vexata quaestio* concernente il reato di tortura. Il Prof. Fiandaca, concordando con l’orientamento penalistico maggioritario, ha sposato la tesi secondo cui gli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale così strutturati non rendono effettive le finalità che si era proposta di realizzare la “Convenzione di New York contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti”. Dal momento che il reato di tortura ha notevoli implicazioni sul funzionamento del sistema penitenziario e che così strutturato non si ritiene rispondente alle finalità per le quali è stato predisposto, l’unica speranza del Garante è quella di affidarsi alla saggezza interpretativa della giurisprudenza, posto che possono profilarsi delle situazioni che inevitabilmente diano spazio alla discrezionalità del giudice e conclude con un esempio: poiché è molto sottile la differenza tra le lesioni aggravate scaturenti dall’abuso della professione del pubblico ufficiale nell’esercizio delle sue funzioni ed il reato di tortura, sarebbe in questo caso indispensabile che l’interprete svolga un attento lavoro di ricostruzione del fatto storico e conseguentemente di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta.

CAPITOLO III

Prison overcrowding – Il sovraffollamento carcerario

III.1 Fonti europee sul sovraffollamento carcerario

Il 30 giugno 2016 il “Comitato europeo sui problemi della criminalità” del Consiglio d’Europa ha varato il “*White paper on prison overcrowding*”¹ che ha avuto (anche) la finalità di esortare le autorità nazionali ad avviare un dialogo inter istituzionale tra il legislatore, i giudici e l’amministrazione penitenziaria per giungere ad una soluzione a lungo termine sul problema del sovraffollamento². Il *White paper on prison overcrowding* non ha però previsto nuove disposizioni per gli Stati ma ha richiamato quelle contenute nella “Raccomandazione n. 22 (1999) sul sovraffollamento carcerario e l’inflazione della popolazione”³ del 1999. Dall’analisi della Raccomandazione n. 22 del 1999 si nota che già un ventennio addietro l’*overcrowding* costituiva un serio problema per gli Stati e che per la sua risoluzione sarebbe stata necessaria una politica d’azione congiunta a livello europeo; infatti la Raccomandazione aveva invitato gli Stati a rivalutare le loro politiche di repressione dei reati ed a ricorrere alla privazione della libertà personale solo come *extrema ratio* ogniquale volta le altre sanzioni si fossero rivelate inadeguate rispetto al reato commesso. Particolare attenzione aveva riservato anche allo spazio messo a disposizione per ogni detenuto all’igiene, alla salute, all’alimentazione ed alle opportunità extra murarie da destinare ai ristretti⁴.

Il *White paper* del 2016 ha richiamato queste disposizioni che costituivano già all’epoca la base normativa europea da cui partire per una soluzione omogenea del *prison overcrowding* tra gli Stati. E’ interessante soffermarsi sul punto 10 del *White paper* il quale ha precisato che “non esiste una definizione concordata a livello internazionale su ciò che costituisce

¹ “Libro bianco sul sovraffollamento carcerario”.

² “The idea behind this is to assist national authorities in starting a dialogue between judges, prosecutors, legislators, decision-makers and prison and probation services with a view to agreeing on long-term national strategies and on specific actions to deal with prison overcrowding”, <https://rm.coe.int/16806f9a8a>.

³ “Recommendation No. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation” approvata dal Comitato dei Ministri il 30 settembre 1999 durante la 681° riunione <https://pjp-eu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%2899%29+22+concerning+prison+overcrowding+and+prison+population+inflation.pdf/1d28cea8-31d2-4e2f-911c-870119b189c9>.

⁴ “Particular attention should be paid to the amount of space available to prisoners, to hygiene and sanitation, to the provision of sufficient and suitably prepared and presented food, to prisoner’s health care and to the opportunity for outdoor exercise” <https://pjp-eu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%2899%29+22+concerning+prison+overcrowding+and+prison+population+inflation.pdf/1d28cea8-31d2-4e2f-911c-870119b189c9>.

sovraffollamento. Il fenomeno ricorre quando la domanda di spazio nelle carceri supera la capacità complessiva della prigione (...); inoltre gli Stati non hanno una comune definizione di “spazio minimo” (del carcere)⁵. È quindi difficoltoso stabilire la capienza massima delle carceri in assenza di uno specifico indice di calcolo della “densità carceraria” concordato a livello sovranazionale. Il *White paper* ha sottolineato la lesività del sovraffollamento carcerario anche ricordando le diverse sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo in cui tale condizione detentiva è stata ritenuta in contrasto con l’art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e considerata un trattamento inumano e degradante (*infra*, cap. III par. 2.2 e 2.3).

I punti 144 e 145 del *White paper* analizzano gli effetti della politica italiana nella risoluzione del sovraffollamento carcerario partendo dalle misure adottate dal legislatore in seguito ai moniti scaturenti dalla sentenza Torreggiani: il legislatore ha previsto delle misure alternative alla detenzione volte a ridurre i flussi in ingresso nelle carceri, ha attuato alcuni programmi di ristrutturazione delle strutture penitenziarie esistenti ed ha enfatizzato percorsi di risocializzazione extra murari che hanno in parte sortito degli effetti deflattivi e che hanno evidenziato l’attenzione del legislatore alla risoluzione del sovraffollamento. Come si evince dal punto 145 del *White paper* nel marzo 2016 il Comitato dei Ministri ha deciso di chiudere la supervisione riservata all’ordinamento italiano giustificata dalla sentenza Torreggiani dopo aver tenuto conto dei rimedi esperiti dal nostro legislatore per la risoluzione dell’*overcrowding* e delle conseguenze significative da essi scaturenti⁶.

III.2 L’Italia ed il sovraffollamento carcerario

III.2.1 Albori del *prison overcrowding*

In base al XIII rapporto sul carcere dell’associazione Antigone la piaga del sovraffollamento carcerario rappresenta una problema risalente agli anni ’40 del secolo

⁵ There are no internationally agreed precise definitions of what constitutes overcrowding. It occurs generally speaking when the demand for space in prisons exceeds the overall capacity of prison places in a given member (...). However (...) member states (...) have not a definition of “minimum space”, p. 5, <https://rm.coe.int/16806f9a8a>.

⁶ “In March 2016, the Committee of Ministers decided to close its supervision of the execution by Italy of the abovementioned pilot judgment. The Committee based its decision not only on the remedies introduced in domestic law, the major reforms undertaken to solve the problem of prison overcrowding and the significant results achieved in this area but also on the governments’ commitment to continue its efforts in order to achieve a lasting solution to overcrowding and to keep the situation under strict monitoring”, p. 24, <https://rm.coe.int/16806f9a8a>.

scorso⁷.

Fino agli anni '80, come si evince dal Resoconto Stenografico del Senato della Repubblica del 19 maggio 1981, il legislatore per fronteggiare l'*overcrowding* aveva fatto ricorso all'amnistia ed all'indulto⁸, ottenendo solo blandi effetti transitori che non avevano impedito la riproposizione del problema, suscitando lo sgomento della classe politica che iniziava davvero a rendersi conto che la gravità della situazione delle carceri era in aperto contrasto con i principi costituzionali del nostro ordinamento, tantoché il Senatore Cristoforo Filetti⁹ aveva dichiarato che "il sovraffollamento delle carceri (...) comporta (...) la deprecabilissima conseguenza che gli istituti penitenziari si sono trasformati drammaticamente ed anche tragicamente in luoghi di sopraffazione, di violenza, di regolamento dei conti, di massima insicurezza¹⁰".

In materia di provvedimenti di clemenza è necessario ricordare che l'originaria versione dell'art. 79 Cost. stabiliva che "l'amnistia e l'indulto sono concessi dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione delle Camere" e che tale disposizione è stata modificata con legge costituzionale 1/1992 che ha stabilito che "l'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale". Quindi nell'originaria versione il Presidente della Repubblica era il titolare dei poteri di clemenza.

La riforma costituzionale del 1992 è stata vista come l'opportunità per limitare l'uso troppo frequente dell'amnistia e dell'indulto, ragione per cui il nuovo art. 79 Cost. ha previsto una procedura legislativa aggravata per l'approvazione dei provvedimenti di clemenza.

Tuttavia è stato obiettato che maggioranze così elevate non sono richieste dalla Costituzione neppure per l'approvazione delle leggi costituzionali, determinandosi così l'illogica conseguenza che è più agevole modificare la Costituzione (e lo stesso art. 79) che fare ricorso all'amnistia ed all'indulto emerge quindi un'abrogazione *de facto* degli istituti dal 2006¹¹.

⁷ Cfr. A. Scandurra, *Il ritorno del sovraffollamento*, Antigone, maggio 2017, <http://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-numeri-del-carcere/>.

⁸ Sono dei provvedimenti di clemenza di portata generale, a differenza della grazia che ha una portata individuale.

⁹ Avvocato e politico italiano (1914- 2005).

¹⁰ 278° seduta pubblica del Senato della Repubblica, cit. p. 33, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/332446.pdf>.

¹¹ Cfr. A. Pugiotto, *Amnistia e indulto. Articolo 79, la riforma costituzionale che manca*, Il Manifesto, 2006, <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/amnistia-e-indulto-articolo-79-la-riforma-costituzionale-che-manca>.

III.2.2 La prima condanna: *Sulejmanovic c. Italia*

Nel 2009 la Corte europea dei diritti dell'uomo (*Sulejmanovic c. Italia*) ha affrontato per la prima volta la spinosa questione del *prison overcrowding* degli istituti penitenziari italiani ed ha condannato il nostro Stato per violazione dell'art. 3 della Convenzione, sulla base delle condizioni detentive del ricorrente che occorre analizzare dettagliatamente.

Nel 2003 Izet Sulejmanovic, cittadino della Bosnia-Erzegovina e detenuto presso il carcere di Rebibbia, ha presentato un ricorso (22635/03) contro lo Stato italiano in cui ha sostenuto che le sue condizioni detentive violavano l'art. 3 della Convenzione poiché nel 2002 Sulejmanovic era stato detenuto in una cella dalla superficie di 16,20 m² in cui era anche installato un servizio igienico dell'area di 5,04 m² e che condivideva con altri cinque detenuti, per cui ad ogni internato residuava uno spazio vitale medio di 2,70 m².

Lo spazio ridotto a disposizione dei detenuti era originato dall'ingente popolazione carceraria presente presso la struttura, infatti in quel contesto il carcere di Rebibbia ospitava 1560 detenuti a dispetto della capienza regolamentare che prevedeva una portata massima di 1188 internati. Il ricorrente aveva anche reso nota la modalità di svolgimento della vita intramuraria che prevedeva per i detenuti quattro ore e trenta minuti di uscita dalla cella con la possibilità di usufruire solamente del cortile comune o di circolare nel corridoio inoltre i detenuti non potevano neppure consumare i pasti in luoghi all'uopo preposti data l'assenza di una refezione all'interno della struttura. Il triste quadro rappresentato da Sulejmanovic ha evidenziato che il carcere di Rebibbia oltre a versare in una situazione di *prison overcrowding* non disponeva di idonei programmi rieducativi per i detenuti tantomeno permetteva ad un numero significativo di questi di poter lavorare, infatti lo stesso ricorrente aveva invano richiesto di svolgere dei lavori in carcere precisando che solo circa il 25% degli internati beneficiavano di questa possibilità¹².

Prima di esaminare la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito al ricorso presentato da Sulejmanovic occorre analizzare l'art. 6 o. p. il quale stabilisce che "i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale (...) areati, riscaldati (...) dotati di servizi igienici riservati (...) tenuti in buono stato di conservazione e pulizia". La *ratio* della disposizione è quella di garantire l'esistenza di strutture adeguate all'allocazione dei detenuti che soddisfino i requisiti previsti dalla legge riguardanti: l'areazione delle celle, la presenza di finestre ed illuminazione, la pulizia e la predisposizione del corredo per il letto. Occorre soffermarsi sull'ampiezza

¹² Ritenuto in fatto sulle condizioni detentive del ricorrente [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2\(2009\)&facetNode_2=1_2\(2009_07\)&contentId=SDU151219&previousPage=mg_1_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2(2009)&facetNode_2=1_2(2009_07)&contentId=SDU151219&previousPage=mg_1_20).

dei locali detentivi poichè non esiste alcun parametro legislativo di riferimento preciso che determini l'area di vivibilità minima spettante ad ogni detenuto. L'art. 6 o. p. fa riferimento ad un'ampiezza "sufficiente" menzionando quindi un criterio indeterminato ed insuscettibile di precisazione che l'amministrazione penitenziaria (discrezionalmente) parametra di volta in volta in base al numero dei detenuti presenti nella struttura. A tal proposito l'amministrazione penitenziaria per individuare un criterio idoneo a determinare la capienza della cella ed in generale dell'istituto penitenziario si è basata sul d. m. 5/07/75¹³ in materia di locali di abitazione. Tale normativa ha stabilito che le stanze da letto devono avere necessariamente un'area di 9 m² qualora siano destinate ad una persona, aumentata di 5 m² per ogni persona in più nella stanza. Tuttavia il d. m. 5/07/75 fa riferimento ad un ambiente destinato al solo pernottamento e non alla soddisfazione di ogni esigenza della vita della persona, per cui l'analogia con la struttura detentiva si rivela inadeguata dal momento che nella stessa superficie i detenuti pernottano, convivono e consumano i pasti. Preso atto del contenuto del d. m. 5/07/75 occorre applicarlo al caso Sulejmanovic per calcolare lo spazio di vivibilità a disposizione del ricorrente. Dal ricorso è emerso che ad ogni detenuto residuava un'area vitale media di 2,70 m² tuttavia dalla superficie totale della cella deve essere sottratta l'area del servizio igienico di 5,04 m² per cui lo spazio effettivo della cella si abbassava ad 11,16 m² che diviso per sei (Sulejmanovic e gli altri cinque detenuti) implica un'area di 1,86 m² in cui il detenuto doveva svolgere la propria vita.

In base al d. m. relativo ai locali abitativi una stanza da letto destinata a sei persone dovrebbe avere una superficie totale di 34 m² (9 m² per persona aumentati di cinque per ogni individuo aggiuntivo, quindi 9 m² + 25 m²) ovviamente escludendo l'area del servizio igienico, per cui parcellizzando l'area per sei detenuti a ciascuno sarebbe residuo uno spazio detentivo di 5,66 m². Ciò posto i ristretti del ricorso Sulejmanovic hanno vissuto *de facto* in uno spazio tre volte più piccolo rispetto a quello che avrebbe dovuto essere loro destinato.

In merito alle valutazioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo occorre preliminarmente precisare che essa è partita dal principio generale che vieta trattamenti contrari al senso di umanità (ex art. 3 Convenzione) nei confronti dei soggetti privati della libertà personale, assicurando ad ogni ristretto condizioni detentive compatibili con la dignità della persona umana. La Corte ha ricordato che il "Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti" nel secondo rapporto generale¹⁴ ha stabilito che ogni ristretto deve disporre di una superficie detentiva di 7 m², al di sotto della quale si profilano situazioni di lesività ex art. 3 della

¹³ "Modificazioni alle istruzioni ministeriali 20 giugno 1968 relativamente all'altezza minima ed ai requisiti igienico-sanitari principali dei locali d'abitazione".

¹⁴ Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti - (CPT)/ Inf (92) , 3 – 43 .

Convenzione. La stessa Corte ha menzionato numerosi precedenti giurisprudenziali¹⁵ in materia che avvalorano quanto esposto ed ha anche sottolineato che oltre l'area della cella devono essere analizzate anche le condizioni generali della detenzione che attengono ad esempio al sistema di riscaldamento, di ventilazione, alle condizioni igienico-sanitarie di base.

Nel caso di specie la Corte ha ravvisato gli estremi del trattamento inumano e degradante poiché il detenuto ha disposto di uno spazio detentivo inferiore a 2,70 m² causando al ricorrente una sofferenza aggiuntiva al suo *status* detentivo ed ha preso atto dell'esistenza di una situazione di sovrappopolazione nel carcere di Rebibbia, pur non reputandola drammatica. La magra consolazione per il ricorrente è stata quella di aver potuto beneficiare di un ristoro economico di euro 1.000 a titolo di risarcimento del danno morale da questi subito.

Tuttavia la sentenza Sulejmanovic è di grande importanza perché ha sortito l'effetto di indurre il nostro Stato a considerare la gravità del problema della sovrappopolazione carceraria. Infatti, a distanza di pochi mesi dalla condanna, il Governo italiano ha dichiarato lo stato di emergenza con d. P. C. M. del 13 gennaio 2010 ed ha nominato contestualmente un Commissario Straordinario del Governo per la gestione del "Piano carceri" il cui obiettivo era quello di costruire nuovi istituti di pena. Qualche mese dopo con la c.d. legge svuota-carceri (legge del 26 novembre 2010 n. 199) è stato ampliato l'uso della detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 47-ter o. p., è stata prevista l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive fino a 12 mesi il cui margine edittale è stato poi elevato fino a 18 mesi mediante la successiva l. Severino¹⁶ (legge del 12 dicembre 2011, n. 211). Attualmente in base al comma 1-bis dell'art. 47-ter o. p. si può ricorrere alla detenzione domiciliare in caso di condanna alla pena detentiva prevista in misura non superiore a due anni, anche se costituisce parte residua di una pena maggiore.

III.2.3 La sentenza pilota: *Torreggiani ed altri c. Italia*

A distanza di quattro anni dalla sentenza Sulejmanovic, l'8 gennaio 2013 la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata nuovamente a pronunciarsi in materia di *prison overcrowding* nella celeberrima sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*¹⁷. Tale pronuncia si è contraddistinta oltre che per il dispositivo anche per i suoi connotati

¹⁵ Moisseiev c/Russia, n. 62936/00, 9 ottobre 2008; Vlassov c/Russia, n. 78146/01, 12 giugno 2008; Babouchkine c/Russia, n. 67253/01, 18 ottobre 2007.

¹⁶ Ulteriore merito della legge Severino è stato quello di aver arginato il problema delle c.d. porte girevoli, avendo cercato di ridurre il flusso di soggetti che entrano in carcere per brevissimi periodi di tempo, ciò ha avuto anche dei riflessi indiretti sul sovraffollamento.

¹⁷ Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

strutturali. La Corte, infatti, ha fatto ricorso ad una *sentenza pilota*, cioè ad una sentenza emessa previo esperimento di un'articolata procedura di riunione di ricorsi accomunati da simili *petitum* e *causa petendi*. I giudici di Strasburgo, avendo preso atto della ripetitività delle violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle comunanze dei ricorsi nella stessa materia, dispone la sospensione del giudizio ed emette un'unica decisione¹⁸. Al momento dell'emissione della sentenza lo Stato convenuto deve conformarsi alle disposizioni della Corte poichè costituiscono "un'obbligazione di risultato da ottemperare nel periodo indicato di un anno. (...) Tuttavia, nella pronuncia Torreggiani è riscontrabile una parziale obbligazione di mezzo laddove la Corte indica il ricorso a pene alternative al carcere quale possibile soluzione al problema identificato¹⁹".

Il caso di specie è stato originato da sette ricorsi presentati contro lo Stato italiano da tre detenuti italiani, due marocchini, uno albanese ed uno ivoriano che hanno lamentato di aver subito un trattamento inumano e degradante nel corso della loro detenzione presso gli istituti di pena di Busto Arsizio e Piacenza. I tre italiani ricorrenti del carcere di Busto Arsizio (tra cui si annovera anche il signor Torreggiani) hanno lamentato la detenzione in celle di 9 m² che ciascuno di loro condivideva con altri due detenuti per cui ogni ristretto disponeva di uno spazio vitale dell'area di 3 m² inoltre hanno evidenziato la carenza di acqua calda presso l'istituto penitenziario il che implicava una limitazione all'accesso ai servizi igienici per praticare l'ordinaria igiene personale.

Similmente all'istituto di pena di Busto Arsizio gli ulteriori quattro ricorrenti del carcere di Piacenza hanno lamentato di aver condiviso una cella della superficie di 9 m² con altri due detenuti per cui ciascun ricorrente aveva a disposizione un'area di vivibilità di 3 m² inoltre così come i primi ricorrenti i detenuti di Piacenza hanno sottolineato un'importante mancanza di acqua calda presso il carcere il che ha limitato loro l'uso della doccia per diversi mesi, in aggiunta a tali due problematiche hanno segnalato di aver vissuto in una cella scarsamente illuminata a causa delle barre metalliche protettive apposte alle finestre²⁰.

Alla luce delle condizioni detentive esplicate i sette ricorrenti hanno invocato l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo avendo ritenuto di essere stati sottoposti ad un trattamento inumano e degradante. La Corte è partita dalla

¹⁸ Cfr. A. Giusti, *Sentenza Torreggiani: diritti dei detenuti nelle carceri sovraffollate*, *Ius in Itinere*, 7 maggio 2017, <http://www.iusinitinere.it/sentenza-torreggiani-diritti-dei-detenuiti-nelle-carceri-sovrappollate-2579>.

¹⁹ A. Pisapia, *Carceri: sentenza pilota della Corte di Strasburgo condanna l'Italia*, Magistratura Democratica- osservatorio internazionale, cit., <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/condannaitalia.php>.

²⁰ Considerato in fatto della sentenza Torreggiani [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2013\)&facetNode_2=0_8_1_85&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2013)&facetNode_2=0_8_1_85&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042).

considerazione che, sebbene i detenuti siano stati poi trasferiti presso altri istituti di pena più capienti o abbiano beneficiato della scarcerazione, è innegabile l'esistenza del danno da questi patito. Tuttavia il Governo italiano ha eccepito contro i ricorrenti il mancato esaurimento delle ordinarie vie di ricorso interne all'ordinamento, poiché a tutela dei propri diritti ogni internato può presentare al magistrato di sorveglianza istanza di reclamo ex artt. 35 e 69 o. p. e solo uno dei sette ricorrenti ha esperito questo mezzo, ma i ristretti hanno contestato che qualsiasi rimedio di diritto interno sarebbe stato di per sé inidoneo a fronteggiare la situazione di *overcrowding* in cui versavano. In risposta alle ragioni avanzate dalle parti la Corte in prima battuta ha richiamato alcuni precedenti giurisprudenziali²¹ ed ha ricordato che il ricorso alle vie interne costituisce l'occasione per rendere note le violazioni subite dai detenuti e per prevenirle prima di ricorrere alla Corte stessa. A tal proposito però i giudici di Strasburgo al punto 51 della sentenza Torreggiani hanno rilevato che, nonostante la natura giurisdizionale e vincolante delle pronunce dei magistrati di sorveglianza, queste spesso restano inattuato come la pronuncia del magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia che aveva disposto l'adozione di misure urgenti in favore di uno dei ricorrenti (sig. Ghisone) rimasta lettera morta.

La Corte al punto 87 ha preso atto che il problema del *prison overcrowding* in Italia non coinvolge solo i sette ricorrenti della sentenza Torreggiani, ma è "sistematico e strutturale", constatazione che è stata avallata dall'analisi delle statistiche e dal precedente stato di emergenza carceraria²² proclamato dal Presidente del Consiglio dei Ministri italiano (all'epoca dei fatti Silvio Berlusconi) nel 2010. L'analisi complessiva di questi dati ha evidenziato chiaramente la lesiva condizione penitenziaria dei ricorrenti in contrasto con l'art. 3 della Convenzione, tuttavia è interessante soffermarsi sul punto 101 della sentenza in cui la Corte ha precisato che nell'attesa in cui lo Stato italiano avesse adottato le misure necessarie per fronteggiare il sovraffollamento carcerario in Italia, avrebbe rinviato di un anno l'esame di ricorsi aventi come oggetto il *prison overcrowding* riservandosi la possibilità di dichiarare irricevibili detti ricorsi o di eliminarli dal ruolo in caso di risoluzione della controversia con altri mezzi.

Per questi motivi la Corte ha rilevato una sistematica violazione dell'art. 3 della Convenzione durante il periodo di detenzione dei ricorrenti, che lo Stato italiano avrebbe dovuto istituire entro un anno dalla data di emissione della sentenza un insieme

²¹ *Remli c. Francia*, 23 aprile 1996; *Selmouni c. Francia*, n. 25803/94.

²² Stato di emergenza dichiarato con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, il 13 gennaio 2010, http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario;jsessionid=Mq66u2gzO6ozL1QKOxA59A_.ntc-as2-guri2b?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-01-29&atto.codiceRedazionale=10A00835&elenco30giorni=false.

di ricorsi interni idonei alla soluzione dell'*overcrowding*²³ rendendo quindi l'ordinamento conforme ai principi della Convenzione. La sentenza ha condannato l'Italia al versamento di euro 99.600 ai sette ricorrenti²⁴ a titolo di equa soddisfazione per il danno morale subito e che conformemente agli articoli 37 e 39 della Convenzione nel termine di un anno dalla data di emissione della sentenza ogni ricorso in materia di sovraffollamento sarebbe stato dichiarato irricevibile o cancellato dal ruolo. Inoltre i giudici di Strasburgo hanno imposto al nostro Stato l'introduzione sia di rimedi "preventivi" che "compensativi" volti alla tutela dei ristretti che subiscono condizioni detentive contrarie all'art. 3 della Convenzione.

III.2.4 L'Italia post-Torreggiani

All'indomani della sentenza Torreggiani il nostro ordinamento ha introdotto una serie di rimedi all'*overcrowding* per cercare di adempiere gli obblighi dalla citata sentenza. Si sono susseguiti una serie di interventi legislativi di cui saranno analizzati i punti salienti.

Il primo intervento legislativo post-Torreggiani è stato il d. l. 1 luglio 2013 n. 78 convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013 n. 94 che ha avuto la precipua finalità di ridurre le unità di detenuti entro il termine di un anno imposto dalla sentenza Torreggiani. In particolare il decreto legge ha apportato una modifica al codice penale in tema di atti persecutori (art. 612- *bis* c. p.) nonché modifiche al codice di procedura penale, alla l. 354/75 ed al testo unico sugli stupefacenti (D. P. R. 309/90). Tra le disposizioni più significative rileva la modifica dell'art. 280 c. p. p., introdotta in sede di conversione del decreto legge che ha disposto un limite all'applicabilità della custodia cautelare in carcere dilatando il magine edittale della pena per poterla richiedere da 4 a 5 anni di reclusione. La scelta del legislatore è stata lungimirante dal momento che in un sistema penitenziario fustigato dall'*overcrowding* di cui una delle cause sono i detenuti in attesa di giudizio non si poteva che partire da questo punto. Fa da contraltare all'innalzamento del limite di pena per l'applicabilità della custodia cautelare la modifica dell'art. 612-*bis* c. p. che ha aumentato il massimo edittale della pena da 4 a 5 di reclusione affinché potesse essere disposta la custodia cautelare anche in questo caso. Inoltre il d. l. 78/2013 ha ampliato la portata della sospensione

²³ Testualmente la Corte stabilisce che lo Stato italiano avrebbe dovuto adottare "un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte".

²⁴ Tali somme avrebbero dovuto essere così ripartite: euro 10.600 EUR al sig. Torreggiani; euro 23.500 al sig. Bamba; euro 15.000 EUR al sig. Biondi; euro 11.000 al sig. Sela; euro 15.000 al sig. El Haili; euro 12.000 a Hajjoubi; euro 12.500 al sig. Ghisoni.

dell'ordine di esecuzione delle pene detentive ex art. 656, 5° comma c. p. p. con la finalità di ridurre il numero dei detenuti. È corretto ritenere che il d. l. 78/2013 abbia rappresentato un primo passo per risolvere il problema dell'*overcrowding* sebbene non sia stato risolutivo per quanto concerne gli obblighi imposti all'Italia dalla sentenza Torreggiani²⁵.

Il secondo passo verso la risoluzione del sovraffollamento carcerario ha coinciso con l'emanazione da parte del Governo del d. l. 146/2013 recante "misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria" convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10. La *ratio* dell'emanazione di tale decreto è stata quella di compiere un ulteriore passo in avanti nella gestione e risoluzione del sovraffollamento carcerario continuando ad adempiere agli obblighi imposti al nostro Stato dalla citata sentenza Torreggiani. Le novità introdotte dal d. l. 146/2013 hanno avuto l'obiettivo di diminuire le unità di detenuti presenti negli istituti di pena mediante misure che avrebbero dovuto ridurre i flussi di ingresso ed in generale il numero delle presenze in carcere nonché di agevolarne l'uscita; ulteriore obiettivo del decreto legge era stato quello di rafforzare gli strumenti di tutela delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale istituendo l'ufficio del Garante Nazionale dei detenuti o delle persone private della libertà personale (*supra* cap. II par. 4).

Per quanto riguarda le misure volte a diminuire le unità di detenuti presenti in carcere l'art. 4 del d. l. 146/2013 ha introdotto la "liberazione anticipata speciale" che prevedeva una riduzione di pena di 75 giorni per ogni semestre di pena scontato dal detenuto anziché una riduzione di 45 giorni così come previsto dall'art. 54 o. p. . Peculiarità della misura sono state il carattere della temporaneità, essa infatti ha prodotto i suoi effetti solamente per due anni dall'entrata in vigore della norma ed il carattere della retroattività invero la liberazione anticipata speciale poteva essere richiesta per i semestri di pena ancora in espiatione dal 1° gennaio 2010, data che essenzialmente dal punto di vista temporale si avvicina a quella di emanazione del d. P. C. M. del 13 gennaio 2010 mediante il quale il Presidente del Consiglio dei Ministri ha decretato lo "stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale".

Il d. l. 146/2013 ha rafforzato il ricorso alle misure alternative alla detenzione ed ha apportato modifiche all'affidamento in prova al servizio sociale ex art. 47 o. p., ha previsto la stabilizzazione della misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai 18 mesi, misura che era già stata introdotta nel nostro ordinamento con l. 199/2010 (c. d. svuota carceri) cui potevano accedere i condannati

²⁵ Cfr. A. Della Bella, *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, Diritto Penale Contemporaneo, 15 settembre 2013, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2471-convertito-in-legge-il-decreto-carceri--782013--un-primo-timido-passo-per-sconfiggere-il-sovrappoll>.

ad una pena (anche residua) non superiore ad un anno e che avrebbe dovuto essere applicabile fino all'attuazione del piano straordinario penitenziario e della riforma delle misure alternative alla detenzione e comunque non oltre il 31 dicembre 2013²⁶. Tornando al d. l. 146/2013 tra le sue peculiarità vi è quella di aver predisposto degli strumenti deflattivi delle presenze nelle carceri rivolti in particolare a due specifiche categorie di ristretti: tossicodipendenti e stranieri. Quanto ai tossicodipendenti è stato modificato l'art. 73, 5° comma d. P. R. 309/1990 inerente allo spaccio di sostanze stupefacenti di lieve entità; il decreto legge oltre ad aver ridotto i margini edittali della pena detentiva relativa a tale delitto ha trasformato in fattispecie autonoma di reato la circostanza attenuante così da eliminare un eventuale bilanciamento delle circostanze. In merito ai detenuti stranieri il decreto legge ha introdotto delle modifiche che hanno potenziato l'espulsione dello straniero a titolo di pena alternativa alla detenzione, tuttavia sebbene possa sembrare un intervento deflattivo delle presenze in carcere ed in parte risolutivo dell'*overcrowding* non ha goduto di ampia applicazione dal momento dell'entrata in vigore della norma e fino ai nostri giorni. Si è detto che il d. l. 146/2013 ha avuto anche la finalità di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti; difatti, ha riordinato la materia del reclamo distinguendo tra reclamo generico ex art. 35 o. p. e reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o. p. le cui differenze non possono essere trattate in questa sede²⁷.

Un ulteriore passo avanti dell'ordinamento italiano in materia di sovraffollamento carcerario e più in generale in materia di trattamenti contrari al senso di umanità coincide con il d. l. 92/2014 che ha introdotto specifici rimedi risarcitori per i ristretti che hanno sofferto una condizione detentiva lesiva dell'art. 3 della Convenzione, per la disciplina di tali rimedi si fa rinvio al par. 3 del presente capitolo che ha affrontato la materia nel dettaglio dal punto di vista legislativo e giurisprudenziale.

Posto che questi sono stati i punti salienti delle leggi che hanno dato attuazione agli obblighi imposti dai giudici di Strasburgo dalla sentenza Torreggiani va detto che tale decorso giuridico è stato più volte oggetto di un plauso da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare nelle sentenze *Stella c. Italia* e *Varga c. Ungheria*. La prima sentenza sarà oggetto di attenzione del paragrafo 3 del seguente capitolo poiché indissolubilmente legata ai rimedi risarcitori dei ristretti che necessitano una trattazione a sé stante.

²⁶ Cfr. P. Caccialanza, *Legge 26 novembre 2010 n. 199 (svuota carceri)*, Diritto Penale Contemporaneo, 2 dicembre 2010, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/203-legge-26-novembre-2010-n-199-cd-svuota-carceri>.

²⁷ Cfr. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, Diritto Penale Contemporaneo, 7 gennaio 2014, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2744-un-nuovo-decreto-legge-sull-emergenza-carceri-un-secondo-passo-non-ancora-risolutivo-per-sconfigger>.

Occorre analizzare la sentenza *Varga c. Ungheria* nella quale la Corte è tornata a pronunciarsi in materia di *prison overcrowding* nuovamente con una sentenza pilota nella quale ha condannato lo stato ungherese per la violazione degli artt. 3 e 13 della Convenzione e quindi per aver sottoposto i detenuti ad un trattamento contrario al senso di umanità collocandoli in carceri sovraffollate e per l'assenza di rimedi effettivi a tutela dei diritti fondamentali dei ristretti. Nello specifico i motivi di doglianza dei ricorrenti si avvicinavano a quelli della sentenza Torreggiani e quindi in prima battuta la situazione di *overcrowding*, la carenza del settore igienico e le cure sanitarie inadeguate. Ai fini della presente trattazione rilevano maggiormente le argomentazioni che la Corte ha addotto per condannare l'Ungheria piuttosto che l'analisi della condanna in sé. Nella sentenza in questione i giudici di Strasburgo sono partiti più volte dall'analisi dell'ordinamento penitenziario italiano post-Torreggiani ed hanno evidenziato in prima battuta le ricadute positive che ha sortito la sentenza pilota nel nostro ordinamento ragione per cui si è servita dello stesso strumento per condannare l'Ungheria. La Corte ha preso atto dei miglioramenti della situazione delle carceri italiane confermando la positività di giudizio che aveva già espresso nella sentenza *Stella c. Italia* pertanto in virtù degli avanzamenti nella risoluzione dell'*overcrowding* ha invitato l'Ungheria a prendere come modello il *modus operandi* italiano, sollecitandola ad individuare delle soluzioni parimenti efficaci per la risoluzione del sovraffollamento delle proprie carceri²⁸.

III.2.5 Fotogrammi di attualità

Sono state fin qui analizzate cause e conseguenze dell'*overcrowding* dagli albori fino alla sentenza *Stella c. Italia* e si conclude questa trattazione con lo studio di una recente sentenza della Cassazione in tema di sovraffollamento carcerario e con le prospettive di riforma dell'ordinamento penitenziario.

Il 9 settembre 2016 con sentenza n. 52819 la Cassazione si è pronunciata in tema di *prison overcrowding* avendo riguardo dell'area della cella dei detenuti. La Corte ha stabilito che per verificare se i ristretti versino in una condizione di *overcrowding* e siano quindi sottoposti ad un trattamento contrario all'art. 3 della Convenzione è necessario analizzare l'area effettiva di vivibilità riservata a ciascun detenuto, tenendo conto di quanto spazio disponga *effettivamente* per muoversi. Nella pronuncia in esame la Cassazione ha stabilito che dall'area complessiva della cella deve essere sottratta la superficie occupata dai servizi igienici, dal letto e da tutto il mobilio "tendenzialmente fisso" poichè tali elementi d'arredo circoscrivono fortemente

²⁸ Cfr. V. Manca, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, Diritto Penale Contemporaneo, 1 aprile 2015, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3796-l-italia-post-torreggiani-come-modello-nella-sentenza-pilota-della-corte-edu-varga-c-ungheria>.

lo spazio di movimento a disposizione del detenuto invece tale considerazione non vale per tutti gli arredi che siano agevolmente trasferibili. Si ritiene che in assenza di una specifica disposizione di legge che precisi come procedere al calcolo di area da destinare ad ogni detenuto la Cassazione abbia interpretato gli orientamenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo in maniera particolarmente garantista per i ristretti. La Corte è infatti partita da alcune considerazioni sulla sentenza Torreggiani dal momento che i giudici di Strasburgo pur riferendosi ad un'area di cella di 3 m² per detenuto non ha enucleato un criterio guida per il calcolo di tale area pur riscontrando che detto spazio fosse ulteriormente ridotto in effetti dalla presenza dell'arredamento. Ciò posto la Cassazione ha previsto che il parametro di 3 m² individuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo debba essere considerato come ambiente che consenta un "utile movimento" al detenuto ragione per cui occorrerà sottrarre dall'area della cella lo spazio occupato dagli arredi "fissi" quindi va sottratta anche l'area del letto che non può essere considerata come superficie di movimento fruibile dato il suo naturale ingombro durante le attività quotidiane²⁹. Naturalmente una chiarificazione sui criteri di riparto della superficie delle celle costituisce un punto nevralgico in materia di *overcrowding* per cui si ritiene certamente favorevole per detenuti una pronuncia in tal senso poichè dilata lo spazio reale a disposizione dei ristretti e valorizza al massimo il principio di umanizzazione del trattamento penitenziario rendendolo in tal senso certamente più conforme alla Costituzione ed alla Convenzione anche se proprio in tale materia più che un'interpretazione servirebbe un vero e proprio intervento legislativo.

Dallo studio che si è svolto sin qui appare evidente che il trattamento penitenziario così impostato non tende ad alcuna delle finalità dell'art. 27 Cost. dal momento che il *prison overcrowding* (ed ovviamente ogni altra forma di patologia di detenzione) si distanzia ampiamente sia dalla finalità rieducativa della pena che dal principio di umanizzazione del trattamento (*supra*, cap. I par. 3.1 – 3.2 – 3.3). Eppure il sistema penitenziario poteva essere modificato "rischiando" anche che qualcosa cambiasse in meglio per i detenuti. "Dieci anni. Tanto c'era voluto per incrinare la cultura carcero-centrica, per rimettere il diritto penitenziario sui binari della Costituzione (...) per riportare l'attenzione sulla funzione rieducativa delle "pene". Dieci anni ci sono voluti per tentare di riconciliare questo Paese con la sua migliore tradizione democratica (...) per ravvicinarlo agli *standard* di civiltà giuridica europei³⁰" ma questi anni di ravvedimento intellettuale a

²⁹ Cfr. M. Mariotti, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, Diritto Penale Contemporaneo, 29 marzo 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5310-ancora-sul-sovrappollamento-carcerario-nel-calcolo-della-superficie-della-cella-e-compreso-lo-spazi>.

³⁰ D. Stasio, *Carcere e recidiva, l'offensiva contro le statistiche per fermare il cambiamento (vero)*, Questione Giustizia, cit. p. 1, 28 maggio 2018, http://www.questionegiustizia.it/articolo/carcere-e-recidiva-l-offensiva-contro-le-statistiche-per-fermare-il-cambiamento-vero_28-05-2018.php.

poco sono serviti poiché l'attesa riforma penitenziaria (di cui si è detto nel cap. 2 par. 1.1) che si era posta come obiettivo proprio la rieducazione della condannato, il ricorso alle misure alternative alla detenzione ed il rispetto della dignità umana è stata definitivamente accantonata dal momento che il Governo ha deciso di esercitare la delega contenuta nella l. 103/2017 limitatamente a quanto previsto dal comma 85, quindi relativamente: alla semplificazione delle procedure, all'osservazione della personalità del detenuto da scarcerare, in materia collegamenti audiovisivi, di sanità penitenziaria con potenziamento dell'assistenza psichiatrica, esclusione del sanitario dal collegio di disciplina, in materia di detenuti stranieri, di responsabilizzazione dei ristretti, di bisogni inerenti alle donne detenute, di revisione delle pene accessorie. Sono state invece definitivamente tralasciate le norme: sui presupposti e le modalità di accesso alle misure alternative alla carcerazione, sull'eliminazione degli automatismi di intralcio all'individuazione del trattamento penitenziario, sulla giustizia riparativa, sul lavoro retribuito sia intramurario che fuori dal carcere, sulla valorizzazione del volontariato, sull'affettività delle persone detenute, sulle esigenze educative dei detenuti minori, sull'attuazione del principio della riserva di codice in materia penale, sulla revisione delle norme già esistenti in tema di misure alternative alla detenzione per le detenute madri di minori, sulla revisione del diritto alla libertà di culto.

Si nota immediatamente come siano stati trascurati i punti nevralgici su cui si è ampiamente dibattuto nel corso di questa trattazione quali l'accesso al lavoro esterno per i detenuti inteso come forma massima di rieducazione, il potenziamento delle misure alternative alla carcerazione considerate di grande importanza nella risoluzione del *prison overcrowding*, l'eliminazione degli automatismi in tema di individuazione del trattamento che è di notevole importanza affinché il trattamento penitenziario possa sortire l'effetto rieducativo, per cui chi scrive sposa in pieno la denuncia dell'Osservatorio Carcere, dell'Unione delle Camere Penali Italiane secondo cui “la montagna, con responsabilità politiche trasversali, ha partorito un topolino³¹” poiché troppo poco è stato preso in considerazione rispetto ai punti previsti dalla legge delega 103/2017.

Nulla cambierà finché il legislatore resterà ancorato alle logiche attuali dell'ordinamento penitenziario e non prenderà in seria considerazione le esigenze della persona ristretta che in questa circostanza è stata “tradita dalla volontà politica di non voler modificare un'impostazione carcerocentrica in netto contrasto con la responsabilizzazione e la rieducazione del ristretto³²”.

³¹ Unione delle Camere Penali Italiane, *Il governo infligge un colpo al cuore della riforma dell'ordinamento penitenziario*, Osservatorio Carcere dell'UCPI, cit. , 3 agosto 2018, http://www.camerepenali.it/cat/9372/il_governo_infligge_un_colpo_al_cuore_della_riforma_dellordinamento_penitenziario.html .

³² Unione delle Camere Penali Italiane, *Il governo, op. cit.* .

III.3 Il danno da detenzione inumana e degradante

La Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Torreggiani ha invitato l'Italia a dotarsi di rimedi preventivi³³ e compensativi volti a tutelare i ristretti nelle situazioni di detenzione patologica.

Il rimedio compensativo è stato introdotto con la finalità di corrispondere al danneggiato il c.d. *pretium doloris* a norma dell'art. 2059 c. c. e quindi un ristoro di tipo economico che trova la sua giustificazione nel patema d'animo subito dal ristretto in virtù della sua condizione detentiva, posto che liquidare un tale danno morale patito appare ben difficile³⁴.

Il d. l. 92/2014 convertito in l. 117/2014³⁵ è stato la risposta del Governo italiano ai moniti dei giudici di Strasburgo nella sentenza Torreggiani poiché ha introdotto l'art. 35-ter o. p.³⁶ che ha disciplinato i "rimedi risarcitori" che fornissero un ristoro economico (e non) ai detenuti che abbiano sopportato una condizione detentiva lesiva dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁷.

Prima di analizzare i presupposti della richiesta di risarcimento del danno da detenzione inumana occorre chiedersi se il d. l. 92/2014 abbia introdotto una nuova fattispecie di illecito civile. La dottrina ritiene pacificamente che il decreto legge non abbia assolto tale finalità poiché già la sola detenzione in violazione dell'art. 3 della Convenzione avrebbe costituito un danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ad avvalorare questa tesi è intervenuta anche la Cassazione nella sentenza 4772/2013 nella quale ha negato al tribunale di sorveglianza la competenza risarcitoria riconoscendola per converso al giudice civile si desume che il d. l. 92/2014 non ha introdotto un nuovo illecito civile ma ha arricchito di profili di specialità, attinenti le condizioni detentive, la disciplina civilistica del risarcimento del danno³⁸. Le azioni volte ad ottenere tale forma di risarcimento del danno possono proporsi dinanzi al

³³ Quanto ai rimedi preventivi il nostro Stato ha adempiuto la statuizione della Corte introducendo il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza a norma degli articoli 35 – *bis* e 69 co. 6 lett. b della l. 354/75.

³⁴ Cfr. F. Caprioli – L. Scomparin, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, ed. Giappichelli, Torino, 2015.

³⁵ "Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile".

³⁶ "Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati".

³⁷ Cfr. S. Consolo, *Codice penitenziario commentato*, ed. Laurus Robuffo, Firenze 2016.

³⁸ A. Della Bella, *Risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 ottobre 2014, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3343-il-risarcimento-per-i-detenuti-vittime-di-sovraffollamento-prima-lettura-del-nuovo-rimedio-introdot>.

giudice civile veicolate nei confronti del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria nella persona del Ministro della giustizia e seguono le norme di diritto processuale civile. Tale sentenza ha quindi escluso l'ipotesi di una giurisdizione esclusiva del magistrato di sorveglianza in materia di diritti delle persone detenute³⁹.

Affinchè il detenuto possa esperire un'azione a tutela del pregiudizio è necessario verificare se abbia vissuto in uno spazio detentivo inferiore a 3 m² (*supra*, cap. III par. 2.2), nonché analizzare ulteriori aspetti inerenti la qualità della vita nel carcere come ad esempio la qualità del riscaldamento, il rispetto delle norme sanitarie di base, l'esposizione alla luce, l'aerazione, l'accesso ai servizi igienici... ciò posto *ex art. 35-ter o. p.* si ritiene che il detenuto possa avanzare una pretesa risarcitoria non solo quando abbia sopportato una detenzione patologica affetta da *overcrowding* ma anche quando abbia subito un trattamento penitenziario inumano e degradante a prescindere dalla situazione di sovraffollamento carcerario.

In base all'art. 35-ter o. p. i ristretti che hanno sopportato una condizione detentiva non conforme alle previsioni della Convenzione per un periodo di tempo non inferiore a quindici giorni possono chiedere una riduzione della pena da scontare a titolo di risarcimento del danno, la pena sarà ridotta di un giorno per ogni dieci giorni di detenzione inumana o degradante.

Quanto ai detenuti che hanno sopportato una detenzione inferiore a quindi giorni che non versino più in una situazione detentiva o nei cui confronti non è possibile operare la riduzione dei tempi di detenzione, secondo la modalità descritta, essi hanno diritto ad un risarcimento del danno che ammonta a euro 8 (!) per ogni giorno di pena espiato in violazione dell'art. 3 della Convenzione. Affinchè il ristretto possa accedere al rimedio risarcitorio è necessario che presenti un reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza e contestualmente la richiesta di risarcimento del danno sofferto, per converso la persona che non versi più in uno stato di detenzione dovrà invece presentare la sola richiesta risarcitoria al tribunale in composizione monocratica del capoluogo del distretto in cui ha la residenza entro sei mesi dalla fine della detenzione⁴⁰.

È opportuno partire dalla “rigidità del criterio di quantificazione del risarcimento del danno⁴¹” dal momento che l'unico parametro che dovrà tenere in considerazione il giudice per la corresponsione del ristoro è la sola durata temporale del pregiudizio, saranno quindi ignorati ulteriori parametri parimenti gravi che incidono in maniera

³⁹ Cfr. Officina del diritto, *Le pratiche del detenuto*, ed. Giuffrè, 2013.

⁴⁰ In base alla scheda pratica del Ministero della Giustizia https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_8_10.page?tab=d

⁴¹ A. Della Bella, *Risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 ottobre 2014, cit., <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3343-il-risarcimento-per-i-detenuti-vittime-di-sovrappollamento-prima-lettura-del-nuovo-rimedio-introdot>.

significativa sul danno subito come ad esempio i riflessi della condizione detentiva inumana sulle condizioni psico-fisiche del detenuto. Sotto tale profilo si potrebbe obiettare che l'art. 35-ter o. p. violi il principio di ragionevolezza e conseguentemente contrasti con l'art. 3 Cost.

Quanto alla modalità di quantificazione vera è propria, è chiaro che l'ipotesi più semplice è quella del detenuto che abbia scontato meno di quindici giorni di detenzione dal momento la liquidazione del danno il giudice dovrà semplicemente operare un calcolo matematico moltiplicativo tra i giorni di detenzione sopportati ed euro 8 *pro die*, è chiaro che tale risarcimento non susciti particolari perplessità. L'ipotesi più controversa è quella del detenuto che abbia scontato più di quindici giorni di detenzione poiché sarà arduo il calcolo di riduzione dei giorni di pena in base a quelli effettivamente scontati.

Si segua il ragionamento: non è particolarmente spinoso ridurre la pena di un giorno ogni dieci di detenzione, ma cosa succede se i giorni di detenzione inumana sofferti dal recluso non siano multipli o sottomultipli di 10? In altri termini ci si chiede come operare la riduzione della pena se il numero dei giorni di pena scontati rifuggano dalla "base dieci", siano ad esempio 95 giorni; nell'esempio proposto il giudice certamente disporrà la riduzione della pena di 9 giorni, ma per i restanti 5 la questione rimane aperta dal momento che l'art. 35-ter o. p. non fornisce alcuna spiegazione in merito alla riduzione del *surplus* dei giorni di detenzione, né prevede riduzioni per scaglioni di intervalli di tempo, né ristori di tipo pecuniario⁴². A tal proposito la dottrina (A. Della Bella) ha proposto una soluzione del problema mediante la combinazione del risarcimento in forma monetaria ed in forma di detrazione dei giorni di pena, nel caso in cui la durata della condizione detentiva lesiva non rientri nel calcolo in "base dieci"⁴³. Pertanto, volendo trovare una soluzione risarcitoria all'esempio sopra proposto il giudice dovrà disporre la riduzione di 9 giorni di pena e moltiplicare il *surplus* di 5 giorni per la cifra di euro otto *pro die*, orbene considerando l'esiguità in termini di ristoro di cui potrebbe beneficiare il detenuto appare evidente che il ristretto potrebbe voler rinunciare al rimedio risarcitorio posto che le spese di giustizia hanno un costo non indifferente che non troverebbero giustificazione in un'analisi costi/benefici della questione.

III.3.1 (segue) considerazioni giurisprudenziali

Dall'analisi dei progressi giuridici post-Torreggiani si nota che sono tre gli atti normativi che maggiormente hanno cercato di fronteggiare la piaga

⁴² Cfr. F. Caprioli – L. Scomparin, *Sovraffollamento*, op. cit. .

⁴³ Cfr. A. Della Bella, *Risarcimento*, op. cit. .

dell'*overcrowding*: il d. l. 78/2013, il d. l. 143/2013 (*supra*, cap. III par. 2.4) e il d. l. 92/2014 e da questa base legislativa occorre partire per analizzare la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Stella c. Italia* del 16 settembre 2014 (ricorso n. 49/169/09).

In tale sentenza la Corte si è pronunciata su una serie di ricorsi sollevati in conseguenza di una condizione detentiva lesiva dell'art. 3 della Convenzione da alcuni detenuti italiani che hanno lamentato una detenzione in celle sovraffollate e prive di sufficienti mezzi di riscaldamento, di illuminazione e di areazione. Si parta dal presupposto che i ricorsi presentati dai ricorrenti risalgono ad un momento antecedente rispetto ai decreti legge di cui si è fatta menzione nonostante ciò la Corte ha dichiarato irricevibili i ricorsi.

I giudici di Strasburgo sono partiti dal principio generale sancito nell'art. 35 della Convenzione secondo cui è possibile adire la Corte solo previo esperimento delle vie di ricorso interne per permettere agli Stati membri di rimediare alle violazioni che i ricorrenti lamentano, sottolineando quindi il suo ruolo sussidiario. La Corte di Strasburgo ha preso atto degli sforzi dell'ordinamento italiano di rimediare al sovraffollamento e che i d. l. 143/2013 e 92/2014 costituiscono i nuovi ricorsi interni istituiti dall'Italia con la finalità di trattare le cause in materia di sovraffollamento carcerario ed ha anche accolto con un plauso i progressi raggiunti dal nostro ordinamento. Ciò posto la Corte ha dichiarato irricevibili i ricorsi poichè i ricorrenti avrebbero dovuto avvalersi del rimedio risarcitorio previsto dal d. l. 92/2014 pertanto ha invitato i ricorrenti a ricorrere ai nuovi rimedi introdotti dall'ordinamento italiano.

L'art. 35-ter o. p. è stato oggetto di pronuncia anche da parte della Corte costituzionale nella sentenza 13 aprile 2017 n. 83 in materia di esperibilità del rimedio risarcitorio da parte dei soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva che lamentino la lesione dell'art. 3 della Convenzione. Nello specifico la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal magistrato di sorveglianza di Padova, adito da un soggetto internato in una casa lavoro che riteneva di aver subito un trattamento contrario al senso di umanità poichè detenuto in una cella di un'area inferiore a 3 m² e pertanto aveva presentato una richiesta di risarcimento del danno. Il magistrato aveva negato l'applicazione dell'art. 35-ter o. p. facendo leva su due punti fondamentali: il primo aveva ad oggetto il tenore letterale della norma dal momento che i legittimati a richiedere il risarcimento del danno da detenzione inumana erano solamente i "detenuti", quanto al secondo punto il magistrato non aveva ritenuto conciliabile la struttura del rimedio risarcitorio con la richiesta del ricorrente poichè è stato ritenuto applicabile solamente in qualità di rimedio per le pene e non anche per le misure di sicurezza connotate da una durata indefinita. Ciò posto il giudice *a quo* ha adito la Corte costituzionale chiedendo una sentenza additiva di accoglimento finalizzata ad inserire anche il destinatario della misura di sicurezza tra i soggetti legittimati a richiedere il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter o. p.. La Consulta ha dichiarato ammissibile la questione poichè l'esclusione di detti internati si porrebbe in aperto contrasto con il

principio di uguaglianza garantito dall'art. 3 Cost., poichè appare chiaro che la condizione dell'internato che subisce una detenzione contraria al senso di umanità è analoga a quella del detenuto che versa nelle stesse condizioni, l'art. 35-ter o. p. contrastava anche con l'art. 117 Cost. dal momento che la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Mursic v. Croazia* aveva precisato che il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità esplica la sua portata nei confronti di tutti i soggetti che siano privati a qualsiasi titolo della libertà personale. Partendo dalle motivazioni addotte dal magistrato padovano la Corte costituzionale ha ritenuto che l'art. 35-ter o. p. sia applicabile anche agli internati sottoposti a misura di sicurezza "alla luce di un'interpretazione sistematica"⁴⁴, i quali possono quindi ottenere il risarcimento del danno da detenzione inumana. Quanto al secondo punto la Consulta ha precisato che per mezzo del d. l. 52/2014 tutte le misure di sicurezza detentive hanno un termine di durata massimo al quale potrebbero quindi applicarsi una diminuzione della pena come risarcimento del danno da detenzione inumana. Alla luce di tali spiegazioni la Corte è partita dall'assunto secondo cui è assai improbabile che i destinatari di una misura di sicurezza detentiva possano beneficiare di una riduzione di pena a titolo di risarcimento data la possibilità di proroga della misura sulla base della pericolosità sociale, tuttavia l'internato può comunque beneficiare del risarcimento di tipo pecuniario nella misura in cui la riduzione di pena non risulti applicabile⁴⁵.

Il danno da detenzione inumana è stato oggetto di pronuncia anche da parte della Cassazione civile a sezioni unite con la sentenza del 30 gennaio 2018, n. 11018 in cui si è pronunciata sul rimedio previsto dall'art. 35-ter o. p. con riguardo al termine di prescrizione per esperire l'azione. È necessario ricostruire la vicenda processuale sottesa alla pronuncia. In particolare l'attore, non più detenuto all'epoca dell'instaurazione del giudizio, aveva adito il Tribunale di L'Aquila affinché condannasse ex art. 35-ter o. p. il Ministero della Giustizia al risarcimento dei danni (quantificati in euro 25.512) da lui subiti in conseguenza di detenzioni plurime ritenute inumane e degradanti, intercorse tra il 1996 ed il 2014. Tale detenzione patologica contraria all'art. 3 della Convenzione era stata sofferta però in epoca precedente all'entrata in vigore del d. l. 92/2014. Il Ministero della Giustizia oltre a confutare le asserzioni dell'attore aveva anche eccepito la prescrizione dell'azione risarcitoria. In quella sede il Tribunale di L'Aquila aveva accolto la richiesta di parte attrice e condannato il Ministero al risarcimento del danno, avendo ritenuto che il diritto al risarcimento così come previsto dall'art. 35-ter o. p. non era ancora previsto dalla normativa interna per cui la prescrizione del diritto si riteneva incompatibile con la questione. Il Ministero aveva proposto ricorso straordinario in Cassazione in cui ha sostenuto che

⁴⁴ A. Della Bella, *La Corte costituzionale si pronuncia nuovamente sull'art. 35 ter o. p.: anche gli internati, oltre agli ergastolani, hanno diritto ai rimedi risarcitori in caso di detenzione inumana*, Diritto Penale Contemporaneo, cit., 2 maggio 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5381-la-corte-costituzionale-si-pronuncia-nuovamente-sullart-35-ter-op-anche-gli-internati-oltre-agli-er>.

⁴⁵ Cfr. A Della Bella, *La Corte*, op. cit.

l'art. 35-ter o. p. avesse solamente introdotto una “semplificazione processuale”⁴⁶, dell'azione risarcitoria disciplinata dall'art. 2043 c. c. per cui il diritto al risarcimento del danno dell'attore all'epoca dell'instaurazione dell'azione sarebbe stato già prescritto.

La Cassazione è partita dalla considerazione che l'istituto su cui verteva la questione è certamente una novità nel nostro ordinamento giuridico per cui sebbene *ante* art. 35-ter o. p. il danno da detenzione inumana potesse trovare ristoro *ex art.* 2043 c. c. non era previsto dal nostro ordinamento che in caso di detenzione lesiva dell'art. 3 della Convenzione e dell'art. 27, 3° comma Cost. il danneggiato potesse beneficiare di una riduzione di pena o di un ristoro economico così come disciplinato dai commi 2 e 3 dell'art. 35-ter o. p. , la Corte quindi ha precisato che solo con tale norma si concretizza un'adeguata tutela del ristretto in caso di danno da detenzione inumana, ha ritenuto inoltre che sebbene le disposizioni *ex art.* 35-ter o. p. facciano riferimento ad un risarcimento del danno in realtà si tratta di un indennizzo poiché tale forma di ristoro manca degli elementi tipici del risarcimento. Tornando al punto centrale della questione che attiene al rapporto tra art. 35-ter o. p. e prescrizione, la Corte ha stabilito che nel caso in cui la detenzione inumana sia cessata prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, la prescrizione del diritto ad ottenere la riparazione del danno decorre dall'entrata in vigore del d. l. 92/2014, mentre il ristretto la cui condizione detentiva lesiva sia cessata dopo l'entrata in vigore del decreto legge dovrà esperire l'azione entro un termine di sei mesi. In base a tale spiegazione la Cassazione ha rigettato l'eccezione sollevata dal Ministero della Giustizia⁴⁷.

III.4 Intervista all'ex capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria: Dottor Santi Consolo

Nell'ambito della presente trattazione riservata alla detenzione patologica ed in particolare al problema del *prison overcrowding* chi scrive ha intervistato l'ex Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Santi Consolo⁴⁸, con l'intento di

⁴⁶ Così si esprime C. Cataneo, *Le Sezioni Unite Civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, ord. pen. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, Diritto Penale Contemporaneo, 15 giugno 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6107-le-sezioni-unite-civili-si-pronunciano-sulla-natura-del-rimedio-previsto-dall-art-35-ter-comma-3-or>.

⁴⁷ Cfr. C. Cataneo, *Le Sezioni Unite Civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, ord. pen. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, Diritto Penale Contemporaneo, 15 giugno 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6107-le-sezioni-unite-civili-si-pronunciano-sulla-natura-del-rimedio-previsto-dall-art-35-ter-comma-3-or>.

⁴⁸ Magistrato italiano, in passato appartenente al Consiglio Superiore della Magistratura, nel 2003 Procuratore Generale presso la Cassazione. Dal 2008 è stato Vice Capo Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e nel 2014 ha assunto l'incarico di Capo del Dipartimento

conferire allo scritto un taglio più pratico ed attuale; infatti il suo prezioso contributo istituzionale ha permesso di soffermarsi su diverse sfaccettature delle problematiche menzionate.

1- *“In un’intervista Lei ha spiegato che “il sovraffollamento delle nostre carceri è figlio della presenza di detenuti stranieri, che potrebbero scontare la pena nei loro Paesi di origine⁴⁹” (supra, cap. I par. 2). Nella stessa sede ha affermato il Suo personale impegno affinché i Paesi stranieri si interessino in prima persona dei loro cittadini che scontano nel nostro Stato una pena detentiva ed ha precisato che al fine di tutelare i diritti umani dei ristretti, ogni ordinamento giuridico deve assumersi le proprie responsabilità.*

A tal proposito quali potrebbero essere le modalità per rendere possibile ai detenuti stranieri di scontare la pena nel paese d’origine?”

“Occorre partire dalla considerazione che il problema sono gli spazi detentivi. Ogni paese europeo adotta dei criteri per stabilire la capienza regolamentare. Essa per l’Italia è 9 mq per ogni stanza singola escluso lo *spazio autonomo locale e separato*, come ad esempio l’area riservata ai servizi igienici. Preso atto del decreto ministeriale sui locali abitativi⁵⁰, in base a cui l’area di 9 mq destinata ai detenuti deve essere aumentata di 5 mq per ogni detenuto aggiuntivo, ne consegue che, per rispettare la capienza regolamentare, l’area della cella per allocare due detenuti deve essere di almeno 14 mq . Quindi, ogni qualvolta la cella sia destinata a più detenuti devono essere rispettati questi parametri; diversamente, parleremo di un “eccesso di presenza” di detenuti. Per monitorare questa situazione l’amministrazione penitenziaria si è servita anche dell’*applicativo spazi/detenuti*⁵¹.

Attualmente nelle nostre carceri sono detenuti circa 20.000 stranieri a fronte dei 58.000 detenuti complessivi. Sottraendo la prima variabile dal numero complessivo dei detenuti avremmo anzi un esubero di posti, come l’Olanda che ha offerto posti detentivi alla Norvegia.

Quanto alle modalità che possono permettere ai detenuti stranieri di scontare la pena nel

dell’Amministrazione Penitenziaria fino al 27 giugno 2018
https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/cv_ConsoleSanti.pdf .

⁴⁹ M. Proietti, intervista al Capo del Dap: *I detenuti stranieri scontano la pena nel loro Paese d’origine*, Il Giornale, 27 giugno 2017, cit. , <http://www.ilgiornale.it/news/cronache/i-detenuti-stranieri-scontano-pena-nel-loro-paese-origine-1413978.html> .

⁵⁰ D. m. 05/07/1975 ; “Modificazioni alle istruzioni ministeriali 20 giugno 1968 relativamente all’altezza minima ed ai requisiti igienico-sanitari principali dei locali d’abitazione” .

⁵¹ “L’applicativo informatico spazi detenuti” è un database contenente dati che rappresentano dettagliatamente le condizioni detentive. La sua introduzione è dovuta allo stesso Santi Consolo (in quel contesto Vice Capo Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria) con lettera circolare n. 0208424 del 25-8-2009, in conseguenza della sentenza Sulejmanovic. L’applicativo è quindi una sorta di censimento degli istituti penitenziari e dei conseguenti ambienti detentivi. E. Nanni, *L’applicativo informatico Spazi/Detenuti: la nuova cabina di regia dell’amministrazione penitenziaria*, Rassegna penitenziaria e criminologica n. 3 – 2014, <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/875143.pdf> .

proprio paese d'origine, possiamo ricorrere a due mezzi: la Convenzione di Strasburgo⁵² oppure attraverso degli accordi bilaterali con gli altri Paesi. Quindi se riuscissimo a gestire i detenuti stranieri che non hanno vincoli di territorialità avremmo complessivamente meno detenuti. Il vero problema sono i paesi del Maghreb che non danno garanzie sul trattamento; quindi per permettere ai detenuti originari di questi paesi di scontare la pena nel proprio Stato è necessario creare garanzie detentive umane”.

2- *“La percentuale di sovraffollamento è cresciuta rispetto al 2016, ma a peggiorare la situazione è la variabile dei detenuti in attesa di giudizio di primo grado (per la precisione 10.247 detenuti, pari al 17,77% dei totali presenti)”⁵³ (supra, cap. I par. 3.3). Il punto angoscioso è dato dal fatto che le condanne definitive pervengono ad una considerevole distanza di tempo e quindi la misura cautelare finisce per essere un anticipo vero e proprio della pena. Secondo Lei limitando il ricorso alla carcerazione preventiva (custodia cautelare in carcere) in favore di altre misure cautelari personali si potrebbe generare una significativa riduzione dell’overcrowding o si otterrebbe solo una leggera riduzione della popolazione carceraria compromettendo comunque la sicurezza spettante alla collettività?”*

“La limitazione della carcerazione preventiva è inscindibilmente legata al problema della mancata disponibilità di braccialetti elettronici perché ne servirebbero circa 15.000 ma l’amministrazione penitenziaria ne dispone di circa 2.000. In proposito la Cassazione ha stabilito che non si possono negare misure alternative alla carcerazione se non è possibile ricorrere ai braccialetti elettronici ma paradossalmente se non ci sono i braccialetti elettronici si compromette la sicurezza spettante alla collettività.”

3- *“Alla luce di quanto detto fin ora ritiene che l’Italia si conformi al panorama europeo nella tutela dei diritti fondamentali dei detenuti ed in generale in materia di condizioni detentive?”*

“L’Italia non è l’ultima e ritengo che molti Paesi europei abbiano condizioni detentive inferiori rispetto al nostro Paese. L’Italia ad esempio dispone della presenza del Garante Nazionale dei diritti delle

⁵² “Convenzione sul trasferimento delle persone condannate” firmata il 21 marzo 1983 (l’Italia firma l’anno successivo) ratificata con legge 25 luglio 1988 n. 334 https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_3.page;jsessionid=SZycpqf0ySZaOuGenBwnmtXZ?tabait=y&tab=a&aia=AIA32750&detail=y.

⁵³ Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria- Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione statistica. http://www.ristretti.it/commenti/2017/ottobre/pdf1/detenuti_settembre.pdf.

persone detenute o private della libertà personale, dei Garanti Regionali; inoltre dà la possibilità ai parlamentari di controllare l'efficienza e l'andamento dell'istituto penitenziario in qualunque momento, permettendo un'immediata verificabilità degli eventi critici. Certamente non dobbiamo mai dimenticare che tutto è migliorabile!"

4- *“La legge delega 103/2017 ha posto le basi per “la più importante” modifica alla legge sull’ordinamento penitenziario, così definita dal presidente della “Commissione per la riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso” prof. Glauco Giostra nell’introduzione alla proposta di riforma⁵⁴ (Retro cap. II par. 1.1). L’obiettivo primario della riforma sembrerebbe essere quello di evitare che i detenuti siano sottoposti a restrizioni ingiustificate dei loro diritti fondamentali che rendono la pena illegittima e lesiva della dignità del condannato. Qual è il Suo punto di vista sul progetto di riforma dell’ordinamento penitenziario (posto che attualmente versa in una situazione di stallo)?”*

“Sicuramente una riforma del sistema è necessaria perché la legge che disciplina l’ordinamento penitenziario è del 1975. Bisogna però dire che questa non è ancora completamente attuata, ci sono norme che se fossero applicate *in toto* renderebbero più efficiente il sistema penitenziario, per esempio si pensi al dovere di assicurare il lavoro ai detenuti che per insufficienze di fondi non può essere pienamente realizzato. In proposito nella predisposizione dei programmi di trattamento io ho puntato molto sulla valorizzazione dei lavori socialmente utili ex art. 21 o. p.⁵⁵.”

⁵⁴ *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso* http://www.questionegiustizia.it/doc/proposta_riforma_ordinamento_penitenziario.pdf.

⁵⁵ L’art. 21 o. p. prevede la possibilità per i detenuti di essere destinati al lavoro esterno nel corso del loro trattamento rieducativo. In particolare il comma 4-ter precisa che “i detenuti e gli internati possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito, tenendo conto anche delle loro specifiche professionalità e attitudini lavorative, nell’esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività (...)”.

CONCLUSIONI

Lo studio ha evidenziato che, nonostante gli sforzi del legislatore volti a rimediare l'emergenza del *prison overcrowding*, gli istituti di pena versino ancora in un fervente stato di sovrabbondanza di detenuti e che a poco sono serviti i moniti della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze Sulejmanovic e Torreggiani.

Si è quindi in attesa di una soluzione definitiva che riesca a sortire l'effetto "svuota-carceri" mediante la valorizzazione delle misure alternative alla detenzione rendendo così effettivo l'art. 27 Cost. che fa riferimento alle "pene" intese come ampio ventaglio punitivo, abbandonando le impostazioni "carcero-centriche".

La trattazione si è concentrata più generalmente anche su altri tipi di patologia della detenzione che coinvolgono ogni aspetto del trattamento penitenziario che possa ledere i diritti fondamentali dei ristretti ed anche in questo caso è emerso che il nostro ordinamento è ancora ben lontano dal rendere effettiva la finalità rieducativa della pena, la quale molto spesso gravita invece in prossimità di trattamenti contrari al senso di umanità, finendo per violare non solo l'art. 27 Cost. ma anche l'art. 3 della Convenzione.

Sin dall'inizio della trattazione si nota agevolmente come solo l'intervento provvidenziale del legislatore possa porre rimedio ai trattamenti contrari al senso di umanità e ad ogni altra forma di patologia detentiva che si perpetra nelle carceri.

Una speranza in tal senso era stata riposta nel lavoro della Commissione Giostra che ha elaborato la proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario; tuttavia il Governo ha deciso di esercitare la delega contenuta nella l. 103/2017 solo limitatamente ad alcuni punti, tralasciando quelli centrali in tema di detenzione.

Naufragato il sogno della riforma che sembrava essere l'unica ancora di salvezza del sistema penitenziario, rimane solo la speranza che l'interesse a riformare l'ordinamento penitenziario non resti una mera aspettativa ma venga elevata a priorità affinché siano rispettati i diritti fondamentali dei ristretti e garantito un trattamento penitenziario conforme al dettato costituzionale.

BIBLIOGRAFIA

- [1] Aliprandi, D., *730 detenuti al 41bis, 100 in attesa di giudizio e quasi 300 condannati all'ergastolo ostativo*, Il Dubbio, <http://www.ristretti.org/pdf/Le-Notizie-di-Ristretti/730-detenuti-al-41bis-100-in-attesa-di-giudizio-e-quasi-300-condannati-allergastolo-ostativo.pdf?format=phocapdf> , 10 giugno 2017.
- [2] Aliprandi, D., *Palermo: il Garante Fiandaca “metà dei detenuti del Pagliarelli ha problemi psichiatrici”*, Il Dubbio, 20 ottobre 2017, <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/palermo-il-garante-fiandaca-qmeta-dei-detenuti-del-pagliarelli-ha-problemi-psichiatriciq> .
- [3] Aliprandi, D., *“Restino tutti in cella” Bonafede tumula la riforma del carcere*, Il Dubbio, 16 giugno 2018, <http://ildubbio.news/ildubbio/2018/06/16/restino-tutti-cella-bonafede-tumula-la-riforma-del-carcere/> .
- [4] Aliprandi, D., *Vincenzo Stranieri è grave e la figlia fa lo sciopero della fame*, , Il Dubbio, <http://ildubbio.news/ildubbio/2017/05/31/vincenzo-stranieri-e-al-41bis-il-boss-e-grave-e-la-figlia-fa-lo-sciopero-della-fame/> , 31 maggio 2017.
- [5] Amodio, E., *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, ed. Giuffrè, 2014.
- [6] Ardita, S. – Degli’Innocenti, L. – Faldi, F., *Diritto penitenziario*, ed. Laurus, Roma, 2014.
- [7] Beccaria, C., *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi), Torino, ed. Einaudi, 1965.
- [8] Belvisi, F., *Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento*, ed. Giappichelli, Torino, 2012.
- [9] Bifulco, R. – Celotto, A.- Olivetti, M., *Commentario alla Costituzione*, Milanofiori Assago (Mi), ed. Utet giuridica, 2006.
- [10] Bobbio, N., *L’età dei diritti*, Torino, ed. Einaudi, 1992.
- [11] Borrelli, P., *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, Diritto penale contemporaneo, 2015, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1432802232BORRELLI_2015.pdf

- [12] Buffa, F., *Il detenuto Riina e la Cedu*, Questione Giustizia, 2017, http://questionegiustizia.it/articolo/il-detenuto-riina-e-la-cedu_09-06-2017.php .
- [13] Caccialanza, P., *Legge 26 novembre 2010 n. 199 (svuota carceri)*, Diritto Penale Contemporaneo, 2 dicembre 2010, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/203-legge-26-novembre-2010-n-199-cd-svuota-carceri> .
- [14] Cadoppi, A. – Canestrari, S.- Veneziani, P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, ed. CELT, Piacenza, 2011.
- [15] Caprioli, F. – Scomparin, L., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, ed. Giappichelli, Torino, 2015.
- [16] Cataneo, C., *Le Sezioni Unite Civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, ord. pen. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, Diritto Penale Contemporaneo, 15 giugno 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6107-le-sezioni-unite-civili-si-pronunciano-sulla-natura-del-rimedio-previsto-dall-art-35-ter-comma-3-or> .
- [17] Cavino, M., *Non sei un cavallo! L'Italia e la tortura*, laCostituzione.info , <http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/07/06/non-sei-un-cavallo-litalia-e-la-tortura/> , 2017.
- [18] Cecchini, F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Diritto penale contemporaneo, 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5181-la-tutela-del-diritto-alla-salute-in-carcere-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-d> .
- [19] Consolo, S., *Codice penitenziario commentato*, ed. Laurus Robuffo, Firenze 2016.
- [20] Corvi, P. *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, ed. Cedam, 2010.
- [21] Curreri, S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, 2015.
- [22] De Monte, G., *41-bis, sovraffollamento, suicidi: viaggio nel carcere italiano*, Osservatorio diritti, 2017, <https://www.osservatoriodiritti.it/2017/11/21/41-bis-carcere-italiano-sovraffollamento-riina/> .
- [23] De Vito, R., *Lo scandalo dell'ergastolo*, Questione giustizia, http://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-scandalo-dell-ergastolo_19-05-2017.php , 2017.

- [24] Della Bella, A., *Convertito in legge il “decreto carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, Diritto Penale Contemporaneo, 15 settembre 2013, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2471-convertito-in-legge-il-decreto-carceri--782013--un-primo-timido-passo-per-sconfiggere-il-sovraffoll> .
- [25] Della Bella, A., *La Corte costituzionale si pronuncia nuovamente sull’art. 35 ter o. p.: anche gli internati, oltre agli ergastolani, hanno diritto ai rimedi risarcitori in caso di detenzione inumana*, Diritto Penale Contemporaneo, 2 maggio 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5381-la-corte-costituzionale-si-pronuncia-nuovamente-sullart-35-ter-op-anche-gli-internati-oltre-agli-er> .
- [26] Della Bella, A., *Risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, Diritto Penale Contemporaneo, 13 ottobre 2014, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3343-il-risarcimento-per-i-detenuti-vittime-di-sovraffollamento-prima-lettura-del-nuovo-rimedio-introdot> .
- [27] Della Bella, A., *Un nuovo decreto-legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, Diritto Penale Contemporaneo, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2744> .
- [28] Della Casa, F. – Giostra, G., *Ordinamento penitenziario commentato*, ed. Cedam, Vicenza, 2015.
- [29] Di Biase, C., *Droghe, il carcere dopo l’abolizione della legge Fini-Giovanardi*, Il Fatto Quotidiano, 20 ottobre 2015 <https://www.ilfattoquotidiano.it/2015/10/20/droghe-il-carcere-dopo-labolizione-della-fini-giovanardi/2141666/> .
- [30] Di Tullio D’Elisiis, A., *Approvato da parte del Governo il decreto legislativo che riforma l’ordinamento penitenziario*, Diritto.it , <file:///D:/Download/approvato-da-parte-del-governo-il-decreto-legislativo-che-riforma-lordinamento-penitenziario.pdf> , 2018.
- [31] Flick, G., M., *A proposito di un volume sul carcere e la pena a cura di Franco Corleone e Andrea Pugiotto*, Costituzionalismo, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/433/> , 2013.
- [32] Flick, G., M., *I detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, intervento del corso in “Diritti dei detenuti e Costituzione” dell’Università degli studi Roma Tre, 6 dicembre 2011, cit. p. 192 <https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/>

Giovanni Maria Flick-
I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale.pdf .

- [33] Fiandaca, G. – Musco, E., *Diritto penale parte generale*, Torino, ed. Zanichelli, 2014.
- [34] Gaboardi, A. – Gargani, A. – Morgante, G. – Pressotto, A. – Serraino, M., *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, ed. Giappichelli, Torino, 2013.
- [35] Giostra, G., *Le carceri, la Costituzione e la dignità*, Il Sole 24 ore , 23 marzo 2018, <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/le-carceri-la-costituzione-e-la-dignita> .
- [36] Giusti, A., *Sentenza Torreggiani: diritti dei detenuti nelle carceri sovraffollate*, Ius in Itinere, 7 maggio 2017, <http://www.iusinitinere.it/sentenza-torreggiani-diritti-dei-detenuti-nelle-carceri-sovraffollate-2579> .
- [37] Grevi, V. – Giostra, G. – Della Casa, F., *Ordinamento penitenziario commentato – tomo I*, ed. Cedam, 2011.
- [38] Huerta Tocildo, S., *Revista Espanola de Derecho Consitucional* Septiembre – Diciembre nùm. 39 , Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- [39] Lobba, P., *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, Diritto penale contemporaneo, 2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7559-lobba1017.pdf> .
- [40] Manca, V., *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, Diritto Penale Contemporaneo, 1 aprile 2015, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3796-l-italia-post-torreggiani-come-modello-nella-sentenza-pilota-della-corte-edu-varga-c-ungheria> .
- [41] Mannella F., *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41-bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione in materia penitenziaria*, Costituzionalismo – Fascicolo n. 1/2017, http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201701_620.pdf .
- [42] Mariotti, M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, Diritto Penale Contemporaneo, 29 marzo 2017,

<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5310-ancora-sul-sovraffollamento-carcerario-nel-calcolo-della-superficie-della-cella-e-compreso-lo-spazi> .

- [43] Mastrobuoni, G. – Terlizze, D., *Rehabilitation and Recidivism: Evidence from an Open Prison* , http://www.ristretti.it/commenti/2017/giugno/pdf4/articolo_mastrobuoni.pdf , 2014.
- [44] Nanni, E., *L'applicativo informatico Spazi/Detenuti: la nuova cabina di regia dell'amministrazione penitenziaria*, Rassegna penitenziaria e criminologica n. 3 – 2014, <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/875143.pdf> .
- [45] Novi, E., *La svolta di Santi Consolo: "possibilità di lavoro per tutti i detenuti"*, 27 agosto 2017, ILDUBBIO, <http://ildubbio.news/ildubbio/2017/08/27/71744-santi-consolo/> .
- [46] Olivetti, M., *I diritti fondamentali*, Foggia, ed., Claudio Grenzi, 2015.
- [47] Paulesu, P., P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, ed. Giappichelli, 2008.
- [48] Pavarini, M. – Guazzaloca, B., *Corso di diritto penitenziario*, ed. Martina Bologna, Bologna, 2004.
- [49] Pelanda, D., *Mondo recluso*, ed. Effatà, Cantalupa (To), 2010.
- [50] Pisapia, A., *Carceri: sentenza pilota della Corte di Strasburgo condanna l'Italia*, Magistratura Democratica- osservatorio internazionale, <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/condannaitalia.php> .
- [51] Proietti, M., *I detenuti stranieri scontino la pena nel loro Paese d'origine*, Il Giornale, <http://www.ilgiornale.it/news/cronache/i-detenuti-stranieri-scontino-pena-nel-loro-paese-origine-1413978.html> , 27 giugno 2017.
- [52] Rodley, N., S., *The treatment of prisoners under international law*, Oxford University press, 2009.
- [53] Pugiotto, A., *Amnistia e indulto. Articolo 79, la riforma costituzionale che manca*, Il Manifesto, 2006, <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/amnistia-e-indulto-articolo-79-la-riforma-costituzionale-che-manca> .
- [54] Ruotolo, M., *La detenzione ed i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, Costituzionalismo, www.costituzionalismo.it/articoli/511/ , 2015.

- [55] Ruotolo, M., *Emergenza carcere*, Costituzionalismo, www.costituzionalismo.it/notizie/498/, 2010.
- [56] (S. n.), *Benefici penitenziari. Plauso del Garante nazionale per la sentenza della Corte costituzionale 149/2018*, Agen Press, 11 luglio 2018, <https://www.agenpress.it/notizie/2018/07/11/benefici-penitenziari-plauso-del-garante-nazionale-per-la-sentenza-della-corte-costituzionale-149-2018/>.
- [57] (S. n.), *Il governo infligge un colpo al cuore della riforma dell'ordinamento penitenziario*, Osservatorio Carcere dell'Unione delle Camere Penali Italiane, 3 agosto 2018, http://www.camerepenali.it/cat/9372/il_governo_infligge_un_colpo_al_cuore_della_riforma_dellordinamento_penitenziario_.html.
- [58] (S. n.), *Le pratiche del detenuto*, Officina del Diritto, ed. Giuffrè, 2013.
- [59] (S. n.), Riina, *La Cassazione: "Il boss è malato ma ha diritto ad una morte dignitosa"*. Critiche da M5s a Pd: "Resti in carcere", Il fatto quotidiano, 2017, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/06/05/riina-la-cassazione-il-boss-e-malato-ma-ha-diritto-ad-una-morte-dignitosa-critiche-da-m5s-pd-resti-carcere/3637260/>.
- [60] Scandurra, A., *Il ritorno del sovraffollamento*, Antigone, maggio 2017, <http://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-numeri-del-carcere/>.
- [61] Spangher, G., *Trattato di procedura penale – 2 – prove e misure cautelari*, ed. Utet, Torino, 2008.
- [62] Spangher, G. – Santoriello, C., *Le misure cautelari personali*, ed. Giappichelli, Torino 2009.
- [63] Stasio, D., *Carcere e recidiva, l'offensiva contro le statistiche per fermare il cambiamento (vero)*, *Questione Giustizia*, cit. p. 1, 28 maggio 2018, http://www.questionegiustizia.it/articolo/carcere-e-recidiva-l-offensiva-contro-le-statistiche-per-fermare-il-cambiamento-vero_28-05-2018.php.
- [64] Stasio, D., *Il carcere e quell'assenza di empatia con la Costituzione*, *Questione Giustizia*, 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/il-carcere-e-quell-assenza-di-empatia-con-la-costituzione_12-06-2017.php.
- [65] Termini, S., *Carcere, il garante: "inderogabile la realizzazione in Sicilia di nuove Rems"*, 20 luglio 2018.

<http://www.agenzia.redattoresociale.it/Notiziario/Articolo589181/Carcere-il-garante-inderogabile-la-realizzazione-in-Sicilia-di-nuove-Rems> .