



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale I

**L'umanità della pena: tra garantismi normativi e minacce  
di involuzione**

RELATORE

Prof. Maurizio Bellacosa

CANDIDATO

Maria Claudia Romeo

Matr. 146003

CORRELATORE

Prof.ssa Paola Balducci

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

Ai miei genitori e ai miei fratelli,  
per l'infinito amore e sostegno.



## INDICE

Introduzione.....	3
-------------------	---

### Capitolo I

#### **Quadro storico del sistema sanzionatorio: la pena, dalle origini alle statuizioni dei principi garantistici della Costituzione e alla legge 27 maggio 1998, n.165**

1. Inquadramento storico: dalla punizione corporale alla permanenza in carcere .....	7
2. L'Assemblea Costituente: la costituzionalizzazione della pena e il principio di rieducazione .....	14
2.1 Le diverse funzioni della pena .....	24
2.2 Art.27 Cost.: il principio di rieducazione della pena .....	30
3. La legge 26 luglio 1975, n.354: Norme in tema di ordinamento penitenziario e trattamento conforme ad umanità e dignità della persona .....	39
4. Le misure alternative al carcere: la legge 10 ottobre 1986, n.663 (c.d. legge Gozzini) .....	48
4.1 Cause ostative alla concessione dei benefici penitenziari: art.4-bis o.p. ....	57
4.2 La sospensione delle regole ordinarie del trattamento penitenziario: l'applicazione dell'art.41-bis o.p.....	65
5. La legge 27 maggio 1998, n.165: una maggiore sensibilità verso le esigenze del <i>reo</i> .....	74

### Capitolo II

#### **Il sistema sanzionatorio nell'ordinamento italiano e alla luce delle prospettive sovranazionali: la tutela della persona del *reo***

1. La CEDU: Il trattamento penitenziario alla luce dei principi sovranazionali .....	81
1.1 Art.2 CEDU: diritto alla vita .....	92
1.2 Art.3 CEDU: proibizione della tortura e di trattamenti inumani o degradanti ....	98

2. Problematica del sovraffollamento carcerario in Italia e violazione dell'art. 3 CEDU in seguito al regime detentivo.....	105
2.1 Sentenza Torreggiani e altri c. Italia .....	113
2.2 Caso Marcello Viola c. Italia e la problematica dell'ergastolo ostativo.....	120
2.3 L'ostatività dell'art.4-bis o.p. alla luce della sentenza n.253 del 2019.....	128

### Capitolo III

#### **Aldilà dello *ius puniendi*: tra sensibilizzazione a un trattamento umanitario del reo e minacce di involuzione**

1. L'importanza del Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti inumani o degradanti.....	136
1.1 Gli indici della “giusta” detenzione forniti dal CPT.....	144
2. Il regime di massima sorveglianza previsto dall'art.41-bis o.p. e il conflitto con l'umanità e la dignità del detenuto.....	154
3. La legge 9 gennaio 2019, n.3.....	160
3.1 La sentenza n. 32 del 2020 come risposta ad una possibile minaccia di involuzione.....	166
4. Il problema della permanenza carceraria con l'avvento del Covid-19.....	173
5. Oltre lo <i>ius puniendi</i> : la dignità dell'uomo.....	179
Conclusioni.....	184
Bibliografia.....	188
Sitografia.....	204

## **Introduzione**

L'elaborato verte sulle criticità insite all'interno del trattamento penitenziario ed alla relativa normativa di riferimento: dette problematiche, ormai plurisecolari, hanno attirato e sono diventate oggetto di discussione non solo dello Stato italiano, ma anche e soprattutto degli organi sovranazionali.

L'estrema pericolosità delle criticità evidenziate all'interno dell'elaborato si sostanzia nella possibilità di una perdurante lesione non solo dei diritti dei detenuti, ma anche di quei diritti originari ed insiti nel concetto stesso di uomo ed individuo.

A fronte di ciò il primo capitolo si concentra sull'inquadramento e sul percorso storico della pena e della sua concezione; in particolar modo, il tema sarà analizzato affrontando inizialmente la pena così come originariamente considerata, ossia come punizione corporale per poi esaminare l'intero percorso evolutivo.

Circa la tematica della pena corporale si farà poi riferimento alle antiche trattazioni di studiosi come Beccaria e Kant ed alle loro posizioni già all'avanguardia per l'epoca.

Successivamente, sarà analizzata l'evoluzione della concezione della pena a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione e, soprattutto, dell'art.27 co.3 Cost. rispettivamente al principio rivoluzionario secondo cui "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

L'entrata in vigore della Costituzione ha segnato, invero, un punto di svolta in tale ambito essendo, per la prima volta, menzionati principi quali l'umanità e la rieducazione, principi cui le pene devono obbligatoriamente tendere.

Nello stesso primo capitolo sarà poi approfonditamente esaminata la legge 26 luglio 1975, n.354 relativa a "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"; specificatamente, saranno evidenziati gli aspetti evolutivi cui la legge ha portato, come dimostrato dall'art.1 o.p. secondo cui il trattamento deve essere conforme a umanità e tendere alla

rieducazione del reo, ma anche le profonde criticità della stessa insite negli artt. 4bis e 41 bis o.p., inerenti a stringenti regimi preclusivi.

Infine saranno esaminate la legge 10 ottobre 1986, n. 663 c.d. “legge Gozzini”, inerente all’introduzione delle misure detentive extramurarie e la legge 27 maggio 1998, n. 165, concernente la procedura semplificata di accesso alle misure alternative alla detenzione attraverso l’art.656 c.p.p. ed alla rispettiva previsione di sospensione dell’ordine di esecuzione, in circostanze tassativamente previste dall’articolo medesimo.

Nel secondo capitolo si passerà all’analisi di detta tematica da un diverso e più ampio punto di vista, ossia quello sovranazionale.

Si analizzerà dapprima l’importanza ed il contenuto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, considerata sia nel suo insieme ma anche e soprattutto in riferimento agli artt. 2 e 3 CEDU, che sanciscono, rispettivamente, il diritto alla vita e il divieto di sottoporre qualsiasi individuo a torture o trattamenti inumani e degradanti; si esamineranno quindi, nei paragrafi appositamente dedicati anche i vari ambiti in cui la Corte di Strasburgo ha riscontrato delle violazioni a riguardo.

I suddetti articoli, difatti, rivestono un’importanza cruciale e un ruolo fondamentale per la disciplina del trattamento penitenziario e della società in generale; ed è proprio a fronte della delicatezza e dell’instimabile valore dei contenuti degli articoli appena citati che si evidenzierà come gli stessi necessitino di una più ampia e profonda tutela.

Si procederà, in seguito, all’esame della violazione dell’art.3 CEDU come causa della problematica del sovraffollamento carcerario; tale tema sarà, pertanto, analizzato con riguardo alla sentenza Torreggiani ed altri c. Italia, caso basato sui ricorsi dei detenuti che vedevano, a seguito di detta situazione, una compressione ed una lesione dei propri diritti e pertanto una detenzione non dignitosa.

Successivamente si procederà all’approfondimento di un ulteriore ed importante tematica potenzialmente lesiva dei diritti dell’individuo, ossia il c.d. “ergastolo ostativo”; nel caso Marcello Viola c. Italia si evidenzierà come l’accesso ai benefici

penitenziari ed alla misure premiali solo a seguito della collaborazione con la giustizia disposta dall'art.58ter o.p., produca la presunzione assoluta che la mancata cooperazione con le autorità competenti simboleggi la permanenza di rapporti con il sodalizio criminale, ledendo così il principio rieducativo della pena e la possibilità di riscatto sociale concessa ad ogni detenuto.

Con la sentenza n. 253 del 2019, tuttavia, la Corte ha effettuato un ulteriore passo in avanti di fronte alle esigenze del reo, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art.4bis o.p. nella parte in cui prevedeva che i soggetti condannati ai sensi dell'art.416bis c.p. non possono accedere ai benefici penitenziari se non a fronte di una collaborazione ai sensi dell'art.58ter o.p.; è stato disposto, al contrario, in capo al reo, un regime probatorio rafforzato al fine della concessione di detti benefici.

All'interno del terzo ed ultimo capitolo dell'elaborato verrà infine dato rilievo ad ulteriori aspetti della tematica presentata.

Innanzitutto si parlerà del ruolo fondamentale svolto dal Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti (CPT), il quale, tramite le ispezioni delle carceri e la conseguente redazione di Rapporti, ha dato vita ad un corpus di regole contenenti modalità detentive rispettose del principio di umanità; dette regole sono, oggi, divenute il parametro in base al quale può effettivamente essere valutato se la detenzione si espliciti in modo rispettoso dei principi suddetti e dei diritti fondamentali dell'uomo.

Verranno poi sottolineate diverse situazioni le quali possono potenzialmente confliggere con il principio di umanità della pena e delle condizioni detentive ed ecco perché, appunto, si parla di possibili minacce di involuzione.

In primo luogo si farà riferimento alle modalità detentive discendenti dall'applicazione del regime di massima sorveglianza previsto dall'art.41bis o.p. e, successivamente, alla potenziale minaccia insita nel contenuto della legge 9 gennaio 2019, n. 3.

Detta legge infatti disponeva l'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nel novero dei reati elencati dall'art.4bis o.p., e l'applicazione retroattiva di tale legge a reati commessi prima dell'entrata in vigore della stessa.

Attraverso la trattazione della sentenza n.32 del 2020, si enunceranno poi le argomentazioni che hanno portato la Corte a pronunciare l'illegittimità dell'art.1 co.6 let.b della legge n.3 del 2019.

Da ultimo, si farà poi riferimento alla tragica situazione pandemica dovuta all'avvento del Covid-19, situazione che ha messo alla prova non solo gli individui in libertà, ma soprattutto la popolazione carceraria; le criticità detentive rilevate a seguito della pandemia faranno riferimento alle precarie condizioni igienico-sanitarie, venute alla luce in questo tragico contesto ma che da sempre hanno accompagnato il corso dell'espiazione della pena.

Infine, sarà dedicato un apposito paragrafo al ruolo che la pena deve svolgere, un ruolo non punitivo ed afflittivo, ma tendente alla rieducazione ed al rispetto della dignità del detenuto.

## Capitolo I

### **Quadro storico del sistema sanzionatorio : la pena , dalle origini alla statuizione dei principi garantistici della Costituzione e alla Legge 27 maggio 1998, n.165**

#### **1. Inquadramento storico : dalla punizione corporale alla permanenza in carcere**

IL termine pena, deriva dal latino, “*poena*” (castigo, molestia, sofferenza) e dal greco “*ποινή*” (ammenda, castigo).

Si comprende subito, quindi, come il concetto di pena sia legato all’essere umano in quanto tale ed alla giustizia umana intesa quale sanzione afflittiva comminata dall’autorità giudiziaria nel rispetto di precise disposizioni processuali a chi abbia commesso un reato [...] <sup>1</sup>.

Secondo Aristotele, la pena è la sola che consente di ripristinare l’uguaglianza tra gli uomini, infatti, l’espiazione della pena consente di ripristinare l’equilibrio con la comunità.

La pena , precedentemente alla detenzione carceraria, si imperniava sulla punizione corporale, comportando , l’afflizione di dolore fisico allo scopo di punire, disciplinare o correggere una condotta giudicata errata e comunque di scoraggiare le “masse” agendo come deterrente.

Le punizioni corporali traggono origine fin dall’antichità, essendo pratiche utilizzate nelle civiltà dell’Antico Egitto, dell’Antica Grecia e dell’Impero Romano per fini sia giudiziari che, soprattutto, educativi.

Marco Fabio Quintiliano, nell’*Institutio Oratoria*, fu uno dei primi autori classici ad opporsi contro le punizioni corporali, sostenendo che: “*Anche se ricevute come consuetudine io non approvo che i ragazzi debbano subire punizioni corporali: in primo luogo perché costituisce un’onta, una vergogna difficilmente sanabile, e un affronto in quanto li mette allo stesso livello degli schiavi; in secondo luogo perché se la disposizione intima d’un ragazzino è così vile da non esser in alcun modo modificata*

---

<sup>1</sup> C. BECCARIA., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2014, Feltrinelli editore, p.1-208.

*dal semplice rimprovero verbale, la pena fisica non farà che indurirlo ulteriormente, proprio come il peggiore degli schiavi. Se invero avrà una guida severa ma giusta, non vi sarà bisogno mai d'alcun castigo... Poi, dopo aver costretto un ragazzo a subire la fustigazione, come dovrà trattarlo quando sarà divenuto un giovane uomo, quando non avrà più un tal timore? Aggiungi a queste prime considerazioni anche il fatto che avrà molte cose spiacevoli da ricordare nei tuoi confronti... spesso capita ai ragazzi mentre vengono frustati, sotto l'influenza del dolore o della paura, di provare vergogna, e questa snerva e deprime la mente, facendoli infine fuggire dalle altre persone e dal consorzio civile; in costante disagio di fronte al prossimo... scandalosamente infine uomini indegni possono abusare del privilegio di punire, e tale opportunità può procurare a molti bambini infelicità se non terrore”<sup>2</sup>.*

Plutarco, nel “*De liberis educandis*” sostiene che: “*Affermo che i bambini dovrebbero essere indotti a pratiche onorevoli per mezzo d'incoraggiamenti e ragionamenti, e certamente non da punizioni e maltrattamenti, ché è sicuramente convenuto che questo metodo di correzione li fa crescere intorpiditi ed impauriti in uno stato di degradazione. Lode e riprovazione sono di molto più utili per il bambino, anche il più piccolo, in quanto la lode lo spinge verso ciò che è onorevole, mentre il rimprovero gli impedisce di far ciò ch'è vergognoso*”<sup>3</sup>.

E' solo con l'avvento dell'Illuminismo (1715-1789), che l'idea di pena, si allontana dalla accezione di crudele punizione corporale e abbraccia quella rieducativa<sup>4</sup>.

Montesquieu, ne “*Lo spirito delle leggi*”, ritiene che i tipi di governo degli uomini possano essere tre: la repubblica, la monarchia e il dispotismo<sup>5</sup>; nella medesima opera, l'autore sancisce che le pene severe appartengono al governo dispotico, essendo questo stesso basato sul terrore, e non alla repubblica ed alla monarchia, che, quali stati moderati, tenderanno all'obiettivo primario della correzione dell'individuo.

---

<sup>2</sup> M.F. QUINTILIANO ., *Institutio Oratori*, Feltrinelli editore.

<sup>3</sup> PLUTARCO, *'De liberis educandis'*, in *Plutarco-tutti i Moralia*, Bompiani editore, 2017.

<sup>4</sup> *Dei delitti e delle pene*, § XLI, p. 96. «Il peso della pena e la conseguenza di un delitto», afferma perciò Beccaria, DP, § XIX, p. 48, «dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili».

<sup>5</sup> Secondo Montesquieu *conditio sine qua non* affinché una costituzione possa considerarsi libera, è il non riporre i tre poteri fondamentali dello Stato nelle sole mani del governante. Appare infatti necessario un bilanciamento di poteri, ovvero, che i poteri legislativi, esecutivi e giudiziari siano affidati a soggetti diversi al fine di prevenire eventuali abusi di potere e quindi di non far travalicare i limiti ad ognuno affidati; un eventuale concentrazione di tali poteri nelle mani di un solo uomo, infatti, annullerebbe l'equilibrio preesistente e potrebbe degenerare in tirannia.

Secondo Montesquieu, la pena consiste nell'attribuzione del reato e del disvalore della condotta posta in essere, non essendo necessarie pene crudeli e brutali di cui si alimentano i governi dispotici<sup>6</sup>.

Portata rivoluzionaria, rispetto alla concezione della pena, ha la celeberrima opera di Cesare Beccaria "*Dei delitti e delle pene*", pilastro dell'illuminismo italiano e precorritrice del diritto moderno .

L'opera si incentra su un'articolata e profonda riflessione sulla natura e sui principi della punizione inferta dalla legge a colui il quale abbia commesso un reato, tematizzando quindi non il rapporto causale che intercorre tra delitto e pena, bensì la natura del concetto di pena all'interno di una società umana<sup>7</sup>.

Secondo l'autore le leggi rappresentano la *condicio sine qua non* della felicità che gli aderenti al contratto sociale vogliono conseguire, essendo perciò le pene necessarie a garantire queste stesse leggi ed il loro corretto funzionamento.

Le pene- allora, hanno la finalità di deterrenza specifica, correggendo il reo ed impedendo che lo stesso commetta *ex novo* il reato; ma anche di deterrenza generale, distogliendo la restante parte dei cittadini dal commettere reati analoghi.

Le pene, secondo l'autore, devono inoltre essere proporzionate al delitto commesso , correggendo permanentemente il reo senza il bisogno, però, che le stesse siano eccessivamente severe e tormentose; infatti, "*perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi*"<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Nel nono capitolo del libro VI de *Lo spirito delle leggi*, l'autore, afferma che "*La severità delle pene conviene di più al governo dispotico il cui principio è il terrore, che alla monarchia e alla repubblica, le quali hanno per incentivo l'onore e la virtù.*

*Negli Stati moderati, l'amor di patria, la vergogna e il timore del biasimo sono motivi reprimenti che possono arrestare molti reati. Il maggior castigo per una cattiva azione sarà d'esserne riconosciuti colpevoli. Le leggi civili, perciò, vi porteranno correzioni più facilmente, e non avranno bisogno di troppa forza*".

<sup>7</sup> *Dei Delitti e delle pene*, § XXVII, p. 59; DP, § XII, p. 31: «Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...] Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate? [...] Quelle pene, dunque, e quel metodo d'infliggerle deve essere prescelto che, serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo».

<sup>8</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Livorno del 1766, a cura di Franco Venturi, Torino, Einaudi, 19815 , § XLVII, p. 104.

Centrale appare il discorso sulla tortura, che viene ampiamente rifiutata in quest'opera, ritenendosi che la stessa sia « “un affare di temperamento e di calcolo, che varia in ciascun uomo in proporzione della sua robustezza e della sua sensibilità; tanto che con questo metodo un matematico scioglierebbe meglio che un giudice questo problema”» ed ulteriore frase emblematica, ricollegabile a tale concetto, appare essere quella in cui l'autore ammette che *“non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser persona e diventi cosa”*<sup>9</sup>.

Altrettanta importanza viene dato al tema della pena di morte, per la quale, l'autore non riesce a trovare alcun fondamento nella giustizia, anzi: « “ Non è utile la pena di morte per l'esempio di atrocità che dà agli uomini. Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il feroce esempio, tanto più funesto quanto la morte legale è data con istudio e con formalità.” »

Le pene, dunque, non dovrebbero essere brevi e atroci, ma durature ed efficaci<sup>10</sup>.

Al pensiero di Cesare Beccaria aderisce anche l'illuminista Voltaire, il quale scrive che « “Il grande obiettivo è di servire il pubblico, e senza dubbio un uomo dedicato per tutti i giorni della sua vita a salvare una contea dalle inondazioni o a scavare dei canali per facilitare il commercio rende un servizio maggiore allo stato, che non uno scheletro che dondola da un palo, appeso con una catena di ferro”<sup>11</sup> ».

È, allora, principalmente grazie alle teorie illuministe, che tra il 1700 e il 1800, muta l'assetto della pena, non più basata su punizioni brutali ma sulla correzione e “guarigione” del condannato; infatti, il carcere, inizialmente non asserviva la funzione di punire il condannato privandolo della sua libertà, bensì, quello di sorvegliarlo e controllarlo prima e durante il processo.

---

<sup>9</sup> *Dei delitti e delle pene*, § XX, p. 50.

<sup>10</sup> Infatti, il *reo*, sarebbe maggiormente intimorito e spaventato da una pena ed una sofferenza lunga e duratura quale l'ergastolo e non, invece, da una istantanea quale la pena di morte; a fronte di ciò, è quindi la prima tipologia di pena ad esplicare una vera e piena funzione deterrente e non la seconda.

<sup>11</sup> VOLTAIRE, *Illuminismo e pena di morte*, su [provincia.pistoia.it](http://provincia.pistoia.it).

L'autore, analizza la pena di morte anche da un punto di vista più ampio di Cesare Beccaria, calandola nel contesto filantropico ed umanitario e ritenendo che la stessa consiste nel più grave arbitrio che lo stato possa commettere, ledendo un diritto naturale ed inalienabile di qualsiasi essere umano.

Una delle opere più importanti in tema di reclusione penitenziaria, è sicuramente il *Panopticon* del filosofo e giurista Jeremy Bentham, opera che propone un modello architettonico del carcere in grado di pervadere il detenuto fino a correggerlo e rieducarlo.

Bentham, infatti, propone innanzitutto l'edificazione delle carceri al centro della città in modo tale da intimidire eventuali malfattori, e, successivamente, di porre al centro del carcere una torre, in modo da sorvegliare continuamente i detenuti senza che gli stessi, però, riescano ad accorgersene o siano in grado di sapere quando.

In questo modo, secondo l'autore, questa invisibile onniscienza condurrebbe il detenuto ad osservare sempre la disciplina come se fosse osservato perennemente; e, solo dopo anni di tale trattamento, il comportarsi in modo retto e disciplinato sarebbe visto dal detenuto come l'unico modo possibile di comportarsi modificando interamente ed indelebilmente la propria indole<sup>12</sup>.

Un approccio umanitario alle carceri, è anche quello del filantropo John Howard, che ispezionò le carceri inglesi e ne constatò il profondo degrado, dallo spazio delle celle all'alimentazione.

Contrariamente a Bentham, secondo Howard, il carcere "ideale", dovrebbe essere costruito lontano dalle città in luoghi estesi vicino a corsi d'acqua e con mura non troppo elevate, così da limitare la circolazione dell'aria e altresì con una vigilanza idonea a prevenire il rischio di possibili evasioni<sup>13</sup>.

Nel carcere ideale di Howard sono inoltre previste celle singole ritenute in grado di raggiungere il ravvedimento del proprio comportamento grazie alla solitudine, che darebbe al condannato la possibilità di riflettere sulle proprie azioni. Il carcere deve essere, inoltre, munito di una pompa per lavare i condannati durante il loro ingresso invogliandoli all'igiene, disinfettando inoltre gli indumenti, e poi un'infermeria e delle grate per far entrare l'aria all'interno di ogni cella in modo tale da non ledere all'organismo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> J. BENTHAM, *Panopticon*, Marsilio editore, terza edizione, Venezia, 1997.

Lo stesso Bentham a descrivere il *Panopticon* come "un nuovo modo per ottenere potere mentale sulla mente, in maniera e quantità mai vista prima".

<sup>13</sup> J. HOWARD, *The state of the prisons in England and Wales*, [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk).

<sup>14</sup> È facilmente intuibile, dunque, che l'autore rigetti totalmente e completamente la possibilità di imporre al reo delle punizioni corporali essendo, al contrario, indispensabile dare allo stesso la possibilità materiale e morale di riflettere sulle proprie azioni al fine di raggiungere un ravvedimento

Si comprende, allora, come la problematica dell'umanità delle pene e delle condizioni carcerarie dei detenuti siano state da sempre al centro del dibattito filosofico-politico. Ben presto, la visione umanitaria del carcere e delle pene giunse e si radicò oltreoceano, in America.

La riforma penitenziaria fu sostenuta in Pennsylvania e a Philadelphia, dove, nel 1776 venne fondata la *Philadelphia society for assisting distressed prisoners*, movimento ispirato agli scritti di Beccaria, Bentham e Howard.

In particolar modo, il penitenziario di Cherry Hill, a Filadelfia, presentava celle alte e spaziose con un sistema di igiene privato e un cortile scoperto per permettere l'attività ginnica .

Ben presto, però, il modello filadelfiano, si dimostrò non essere efficace, raggiungendo un tasso di suicidi abbastanza elevato, in quanto, al detenuto non era permesso uscire dalla propria cella dovendo anche lavorare all'interno della stessa: esso incentivava, quindi il recupero dei condannati<sup>15</sup>.

L'esperienza del penitenziario di Cherry Hill fu di insegnamento, soprattutto, al penitenziario di Auburn, nello stato di New York, in cui al contrario il diverso trattamento penitenziario teneva conto della gravità del reato: per i criminali recidivi era previsto l'isolamento continuato, per i soggetti recuperabili si prevedeva un isolamento temporaneo con un successivo accesso al lavoro comune ed infine i condannati a pene minori potevano direttamente usufruire del lavoro comune per poi essere isolati durante la notte<sup>16</sup>.

Nel 1861, all'indomani dell'Unità, in Italia venne creata la Direzione generale delle prigioni e furono svolti studi per indicare e creare soluzioni carcerarie idonee.

---

profondo, durevole e veritiero e di comprendere effettivamente il disvalore del proprio comportamento distogliendolo dal delinquere in futuro.

<sup>15</sup> Aspetto dal quale non si può prescindere, al fine di un effettivo ravvedimento del detenuto, è, infatti, il recupero della socialità e del "saper vivere" civilmente all'interno della comunità. Tale percorso di recupero, pertanto, deve poter cominciare già all'interno delle mura carcerarie per poi estendersi al di fuori delle stesse. L'isolamento perenne del reo non può in alcun modo contribuire al recupero della socialità perduta, ma, al contrario, deve essere data al detenuto la possibilità di iniziare a coltivare sani rapporti sociali già all'interno di quella che è la microsocietà carceraria.

<sup>16</sup> A differenza del modello filadelfiano, il modello auburniano lega il *modus* di espiazione della pena all'entità del crimine commesso secondo quello che è il principio di proporzionalità. Non più un isolamento perenne ed indistinto per tutti i detenuti, ma metodi di espiazione delle pene diversi a seconda del reato commesso.

Nella maggior parte dei paesi europei, con l'avvento delle codificazioni, e in Italia, dopo la nascita del codice del 1930, il sistema penitenziario si imperniò su un'ottica garantista, soprattutto, con la creazione della figura del giudice di sorveglianza.

Nel secondo dopoguerra il dibattito sui sistemi penitenziari cambiò punto di vista: avendo, infatti, molti dei leaders politici vissuto l'esperienza carceraria ci si concentrò soprattutto sul binomio inscindibile tra pena, detenzione e diritti dell'uomo<sup>17</sup> e con l'avvento della costituzione nel 1946, dei principi fondamentali e dell'art 27 il tema della rieducazione e del reinserimento sociale del *reo* assunse un ruolo di caposaldo alla base del sistema penitenziario italiano e al trattamento del detenuto.

---

<sup>17</sup> Alla base del trattamento penitenziario, non vi era più la punizione del reo, ma, al contrario, la sua rieducazione e reinserimento sociale. Si consolidò, quindi, sempre di più, il bisogno di istituire misure preventive, misure alternative alla detenzione e metodi di controllo esterni che riuscissero a vigilare sulla legalità dei metodi di espiazione delle pene.

## **2. L'Assemblea Costituente : la costituzionalizzazione della pena e del principio di rieducazione**

In Italia, l'Assemblea costituente, fu l'organo legislativo elettivo preposto alla redazione della Costituzione per la futura Repubblica italiana, e si riunì nelle sedute svolte tra il 25 giugno 1946 e il 31 gennaio 1948.

Come è noto, fu infatti proposto un referendum popolare per decidere la forma istituzionale dello Stato, a seguito del Decreto legge 25 giugno 1944, n.151, con il quale fu concesso al popolo il beneficio di eleggere "un'Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello stato" con lo scopo di eleggere "le forme istituzionali" tramite "suffragio universale diretto e segreto"<sup>18</sup>.

Il 2 giugno 1946 si tennero le libere elezioni, nelle quali, ebbero diritto di voto tutti i cittadini italiani maggiorenni di entrambi i sessi ad esclusione degli abitanti delle provincie giuliane di Trieste, Pola, Fiume, Gorizia, della provincia dalmata di Zara e della provincia di Bolzano.

Agli elettori fu consegnata la scheda elettorale con il compito di scegliere tra le due forme di stato, ossia, monarchia e repubblica nonché di eleggere i deputati dell'Assemblea Costituente avente il compito di redigere la futura carta costituzionale dello stato italiano.

Dal Referendum istituzionale emerse la preferenza degli italiani per la forma di stato repubblicana rispetto alla monarchica, con un *surplus* di circa 2 milioni di voti per la prima rispetto alla seconda.

Consequenzialmente, l'allora re d'Italia, Umberto II di Savoia, subentrato successivamente all'abdicazione del padre, lasciò spontaneamente il paese andando in esilio a Lisbona con la propria famiglia.

---

<sup>18</sup> Decreto-Legge Luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151

La Corte di Cassazione, il 18 giugno 1946, formalizzò i risultati del Referendum, proclamati il 10 giugno 1946.

Dal Referendum, oltre la scelta della forma Repubblicana dello stato italiano, risultarono eletti 556 costituenti, i quali, il 25 giugno 1946, presero parte all'Assemblea Costituente diretta dal presidente Giuseppe Saragat.

Il 28 giugno 1946, l'Assemblea Costituente, con il suo primo atto, elesse Enrico De Nicola primo Capo provvisorio dello Stato.

La Costituzione della Repubblica Italiana si compone di 139 articoli: i primi tredici articoli, ossia, i principi fondamentali; una prima parte, inerente ai diritti e doveri dei cittadini; ed una parte seconda, inerente all'Ordinamento della Repubblica ed alle disposizioni transitorie e finali.

La Costituzione italiana si caratterizza per la sua rigidità, ossia modificabile solo attraverso procedimento aggravato ai sensi dell'art.138 cost.<sup>19</sup>; popolarità, perché emanata dall'Assemblea Costituente espressione dello stesso popolo italiano; lunghezza, in quanto contiene norme non solo generali ma anche dettagliate sulla maggior parte delle materie inerenti la vita civile; compromissorietà, essendo stata la Costituzione frutto di partiti politici aventi diverse ideologie; democraticità, infatti l'art 1 cost. recita che "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forma e nei limiti della Costituzione"; programmaticità, in quanto la Costituzione non contiene solo norme precettive ma anche norme programmatiche o direttive enunciative di principi ovvero obiettivi.

Nella gerarchia interna delle fonti, la Costituzione, riveste il ruolo apicale essendo inoltre i primi tredici articoli principi fondamentali caratterizzati da intangibilità; si

---

<sup>19</sup> Secondo l'art.138 cost.: "Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione [cfr. art. 72 c.4].

Le leggi stesse sono sottoposte a *referendum* popolare [cfr. art. 87 c.6] quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a *referendum* non è promulgata [cfr. artt. 73 c.1, 87 c.5 ], se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi.

Non si fa luogo a *referendum* se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti".

parla della c.d. teoria dei controlimiti, infatti, essendo tali principi meritevoli della più alta e profonda tutela ed elementi identificativi ed irrinunciabili dell'identità nazionale sono sottratti a qualsivoglia modifica della Costituzione, proveniente da fonte interna ovvero esterna.

I principi fondamentali acquisiscono inoltre funzione di *primauté*, nel senso che ogni tentativo di modifica sarà destinato a cedere innanzi i diritti inalienabili della persona umana.

Nella sentenza 22 ottobre 2014 n. 238 della Corte Costituzionale<sup>20</sup>, il giudice delle leggi si pronuncia affermando che “Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un limite all'ingresso ... delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali 'controlimiti' all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). . Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988)”.

Si comprende fin da subito, allora, come i diritti inalienabili della persona umana siano un fondamento ed un caposaldo della nostra Costituzione e della nostra identità nazionale, i quali, contraddistinti da intangibilità, non possono essere modificati o non osservati anche dal trattamento penale riservato al *reo*.

L'art 13. Cost, recitando che, “La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria” si collega indubbiamente al trattamento sanzionatorio ed esplica in modo chiaro e

---

<sup>20</sup> Corte Cost. sent. 22 ottobre 2014, n.238.

perentorio il carattere di *ultima ratio*<sup>21</sup> riservato alla pena ed il principio di sussidiarietà della legge penale, da applicarsi solo quando la stessa risulti essere indispensabile<sup>22</sup>.

L'art 13 della nostra Costituzione, sancendo il principio dell'inviolabilità della libertà personale, impone al legislatore una rigorosa ed attenta analisi nel decidere la tipologia di sanzione da applicare al caso concreto: ove, ad esempio, la pena pecuniaria apparirà sufficiente a raggiungere l'obiettivo di prevenzione richiesto, la pena detentiva, ossia limitativa della libertà personale, non dovrà essere applicata in quanto caratterizzata dal ruolo di *ultima ratio* nell'alveo delle pene applicabili.

Se le pene non privative della libertà personale sono sufficienti a raggiungere l'obiettivo preventivo richiesto, dovranno essere sempre preferite a quelle detentive e restrittive, ledendo il meno possibile il principio previsto dall'art 13 cost.

Ulteriore principio fondamentale ed in forte interdipendenza col sistema penale, è quello previsto dall'art.3 cost., sancendo che “ Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

E` compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 2016, fasc. 4, p.185 ss. e p. 194 ss., nonché F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p.530.

<sup>22</sup> L'art.13 cost. tutela in modo rigoroso la libertà personale, diritto che fa capo all'alveo dei principi fondamentali sanciti dalla nostra Carta Costituzionale. Rilevante appare essere, innanzitutto, come tale norma tuteli *in primis* l'individuo da eventuali abusi di potere, ed *in secundis*, come tale norma ponga in essere un diritto indispensabile al fine di possedere l'indipendenza e l'autonomia per l'esercizio degli altri diritti garantiti dalla Costituzione.

<sup>23</sup> L'articolo in questione dispone al primo comma una c.d. uguaglianza formale tra tutti i cittadini dello stato, essendo la stessa regola fondamentale per uno Stato di diritto che possa definirsi tale; e nel secondo comma, un uguaglianza c.d. sostanziale, sancendo un *modus operandi* concreto ed attuabile dalla Repubblica al fine della rimozione degli ostacoli che sono emersi a seguito della mancata applicazione del canone egualitario.

Ovviamente non viene lesa la facoltà di disporre delle discipline diverse per taluni casi particolari ed infatti, il divieto di discriminazione, deve essere interpretato tenendo conto di due criteri fondamentali: innanzitutto le leggi non possono essere dotate di carattere personale o individuale a meno che non esistano giustificati motivi, e successivamente, bisogna rammentare che tale principio non elimina la possibilità di un trattamento differenziato a patto che questo non si basi su argomentazioni irrazionali ed irragionevoli rilevando in questo contesto l'assoluta connessione col principio di ragionevolezza.

L'art.3 Cost. facendo espresso riferimento alle "condizioni personali e sociali", non fa altro che incentivare la Repubblica a rimuovere eventuali ostacoli di origine economica che possano crearsi tra i cittadini; è bene, dunque, affrontare la questione relativa al principio di uguaglianza disposto dall'art.3 Cost. e l'applicazione delle pene fisse e di quelle pecuniarie.

Riguardo la prima problematica, la Corte Costituzionale, con la sentenza 2 aprile 1980 n.50<sup>24</sup> stabilisce che "l'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare 'proporzione' della pena rispetto alle 'personali' responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono" e che quindi "in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il 'volto costituzionale' del sistema penale".

Tale orientamento ha trovato espressione anche rispetto alla questione circa la legittimità costituzionale delle pene fisse ed in particolar modo della pena stabilita dall'art. 216 ultimo comma l. fallimentare per il reato di bancarotta fraudolenta, ossia l'inabilitazione dall'esercizio commerciale per una durata pari a dieci anni<sup>25</sup>.

La Corte Costituzionale, con sentenza 25 ottobre 2018 n.222, ha sciolto il nodo della questione affermando che tale articolo dovrebbe essere formulato diversamente, ossia, "fino a dieci anni", durata da determinarsi "con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva".

---

L'uguaglianza sostanziale, sancita invece dal secondo comma, impone allo Stato uno specifico obbligo, ovvero l'obbligo di attivarsi prontamente al fine di dirimere la situazione di fatto che si è creata in seguito alla discriminazione.

<sup>24</sup> Corte Cost.sent. 2 aprile 1980, n.50

<sup>25</sup> Secondo l'art.216 l. fallimentare "È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che:

1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti;

2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili.

È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.

Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa".

Passando ora a trattare la seconda problematica, ossia quella relativa alle pene pecuniarie, la Corte Costituzionale si è pronunciata con sentenza 16 novembre 1979 n.131 ritenendo l'illegittimità costituzionale dell'originario art.136 c.p. che prevedeva la possibilità di conversione della pena pecuniaria in pena detentiva, affermando che «“la conversione della pena pecuniaria in detentiva...reca... l'impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali, la cui illegittimità è apertamente, letteralmente, proclamata dall'art 3 della Costituzione” ed inoltre che “dalle esperienze di diritto comparato...si può desumere la tendenza ad un adeguamento delle pene pecuniarie e delle loro modalità di pagamento alle condizioni economiche del condannato verificate dal giudice al momento della condanna, così da tendere ad una uguaglianza sostanziale della pena pecuniaria perché proporzionale alle risorse del condannato stesso»”.

Venne, quindi, indicato al legislatore un duplice obiettivo: da un lato, la conversione delle pene pecuniarie in pene non detentive , e, successivamente, una riforma delle tecniche di commisurazione e delle modalità di pagamento.

La legge 689/1981 ha dato esauritiva risposta alle richieste della corte attraverso gli artt. 133 bis c.p.<sup>26</sup>, individuando nelle condizioni economiche del reo un criterio di commisurazione e applicazione della multa e dell'ammenda, e prevedendo, all'art.133 ter c.p.<sup>27</sup>, la possibilità per il reo di effettuare un pagamento rateale<sup>28</sup>.

Caposaldo del diritto penale appare inoltre essere l'art. 25 Cost, che sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene: “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.”

---

<sup>26</sup> Secondo l'art.133 bis c.p. “Nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda il giudice deve tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche del reo.

Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa”.

<sup>27</sup> Secondo l'art.133 ter c.p. “Il giudice, con la sentenza di condanna o con il decreto penale, può disporre, in relazione alle condizioni economiche del condannato, che la multa o l'ammenda venga pagata in rate mensili da tre a trenta. Ciascuna rata tuttavia non può essere inferiore a euro 15. In ogni momento il condannato può estinguere la pena mediante un unico pagamento”.

<sup>28</sup> E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 1, pp. 3-33.

L'articolo in questione rappresenta il nido entro cui si concentrano le maggiori garanzie del diritto penale odierno: riserva di legge, tassatività, determinatezza ed irretroattività<sup>29</sup>.

Il principio di riserva di legge implica che solo il Parlamento, tramite legge ordinaria, sia legittimato ad emanare norme incriminatrici; la tassatività sta ad indicare, invece, che il sistema penale italiano si caratterizza come un sistema chiuso, ossia, non sottoponibile ad applicazione analogica; la determinatezza indica che le norme penali devono essere tassative, ossia, scritte in modo chiaro e preciso in modo tale che il cittadino possa conoscere il precetto penale cui va incontro trasgredendo la legge; infine, il principio di irretroattività, il quale, prescrive l'impossibilità di applicazione della legge penale a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Il principio di legalità è posto a fondamento del nostro diritto penale per scongiurare il rischio di possibili abusi e favoritismi da parte del legislatore nei confronti del *reo*.

Il primo comma dell'art.25 Cost. fa riferimento al "giudice naturale precostituito per legge", per tale intendendo che il giudice competente deve essere indicato tramite i criteri stabiliti dalla legge e assegnato precedentemente all'esercizio della giurisdizione e della competenza, in relazione al caso concreto; non è, infatti, ipotizzabile che il giudice sia scelto in un momento successivo perché ciò potrebbe destare abusi al principio di imparzialità<sup>30</sup>.

Il secondo comma fa invece riferimento al principio dell'irretroattività della legge penale, prevedendo che quest'ultima possa essere applicata solo per fatti commessi dopo la sua entrata in vigore scongiurando il rischio che possano esserci eventuali abusi da parte del legislatore; opposto, è il principio del *favor rei*, il quale, in correlazione con l'art.3 Cost, prevede la retroattività della legge penale più favorevole al reo a meno che non sia subentrata una sentenza penale irrevocabile di condanna<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Il legislatore ha dato, all'articolo in questione ed al principio di legalità, un ruolo centrale e fondamentale soprattutto al fine di scongiurare possibili abusi di potere e, a seguito dell'esperienza fascista, per poter eliminare la possibilità che siano istituiti tribunali appositi per reprimere movimenti contrari al regime allora istituito.

<sup>30</sup> Per dirimere la possibilità di violazione del principio del giudice naturale è stata la stessa legge a prevedere istituti quali l'incompatibilità, l'astensione e la ricusazione collocando il primo istituto nell'art.51 ss. c.p.c. ed i seguenti due negli artt. 34 e 35 c.p.p.

<sup>31</sup> Ai sensi dell'art.2 c.p. "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Infine, il terzo comma dell'art 25 Cost., ribadisce il principio di legalità, e precisamente il principio di riserva di legge, rispetto alle misure di sicurezza, disponendo che « “Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge” ».<sup>32</sup>

L'apice del garantismo penale trova, però, il suo punto d'arrivo nell'art 27 Cost., che recita « “La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato” ».

L'articolo in questione pone in essere diverse garanzie a tutela del singolo individuo in una società civile e democratica, e ribadisce il principio che può ritenersi fondamentale in ogni Stato di diritto, ossia, il principio dell'umanità della pena.

I principi fondamentali enunciati all'interno della costituzione fungono da base sia alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, sia quale punto di riferimento per il sistema penale e sanzionatorio; infatti, anche a fronte della commissione del più grave dei crimini, non possono essere ignorati i principi fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento italiano.

I principi fondamentali fungono da limite al potere del legislatore<sup>33</sup>, qualsiasi sia l'ambito giuridico preso in considerazione, sia esso civile o penale.

Il ricorso al sistema penale, appare pertanto, come *l'extrema ratio* cui far ricorso proprio perché limitativo di principi costituzionali quali quelli postulati dagli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2 e 3 cost.; il legislatore, quindi, sarà tenuto a ricorrere al sistema penale solo quando sia stato messo in discussione un bene paragonabile a quello della libertà

---

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti”.

<sup>32</sup> Anche in questo caso, l'applicazione delle misure di sicurezza solo nei casi tassativi previsti dalla legge e dunque nei confronti di soggetti ritenuti effettivamente socialmente pericolosi, scongiura il rischio di un possibile abuso della disposizione di tali misure che, come nel periodo fascista, venivano utilizzate per allontanare soggetti non graditi dal regime.

<sup>33</sup> È bene precisare che i principi fondamentali non fungono solo da limite al potere del legislatore, ma anche alla ricezione delle norme sovranazionali, le quali, non potranno mai derogare o essere contrarie ai principi fondamentali sanciti dalla Costituzione.

individuale e sempreché non siano disponibili ulteriori ed efficaci strumenti meno limitativi della sfera individuale del singolo<sup>34</sup>.

Ci si riferisce al c.d. principio di sussidiarietà del diritto penale, principio che acquista valenza costituzionale, imponendo il ricorso al sistema sanzionatorio penale solo qualora non siano presenti all'interno dell'ordinamento altri strumenti efficacemente preventivi.

Il principio di sussidiarietà e di *extrema ratio* del diritto penale, operano non solo quali principi-base da utilizzare per valutare se debba essere applicata la fattispecie penale o meno, ma, una volta intrapresa la strada penale, si dovrà tener conto di tali principi anche per la scelta dell'intervento penale da attuare, più o meno gravoso.

Il giurista tedesco Claus Roxin afferma che « “la giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto male»<sup>35</sup>.

Questa frase appare emblematica ed esplica in maniera chiara e precisa gli obiettivi di un diritto penale liberale ed efficiente, che vede nella dignità umana un limite da rispettare.

Nell'ambito della scelta della fattispecie penale da applicare al caso concreto appare inoltre necessario il ricorso ai due principi di offensività e di ragionevolezza.

Il primo implica che, per l'esistenza del reato, sia indispensabile aver recato un'offesa al bene giuridico tutelato, infatti, solo nel momento in cui vi sia una reale offesa i consociati possono accettare l'applicazione del precetto penale<sup>36</sup>; il secondo principio implica, invece, una scelta valoriale sul precetto penale da applicare e la coerenza o

---

<sup>34</sup> Si farà, dunque, ricorso alla fattispecie penale solo qualora il ricorso agli strumenti civili ed amministrativi si dimostri essere non efficace. Il ricorso al sistema penale implica una limitazione, più o meno gravosa, della libertà personale dell'individuo potendo essere utilizzata solo qualora risulti assolutamente necessaria e la sola in grado di ripristinare l'ordine e l'equilibrio leso dalla condotta del *reo*.

<sup>35</sup> C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1996, p. 37.

<sup>36</sup> Il principio in questione, pur non essendo sancito in un'esplicita norma del codice penale, può essere dedotto dall'art.49 co.2 c.p. e dagli artt.25 e 27 cost.

In particolar modo l'art.49 co.2 c.p. sancendo che “la punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso” non fa altro che escludere la punibilità del c.d. ‘reato impossibile’ e ribadire il principio secondo cui deve essere stata arrecata una reale offesa al bene tutelato affinché possa configurarsi il reato e quindi possa essere applicata la fattispecie penale.

meno di punire uno o l'altro comportamento, fungendo anche da vaglio di legittimità riguardo eventuali disparità di trattamento ed asimmetrie punitive<sup>37</sup>.

Si parla di un sistema penale “aperto”, sistema che riesca ad adattarsi al caso concreto in cui lo stesso si trova ad operare e che sia comunque in linea con i principi fondamentali della nostra Costituzione.

La statuizione dei principi fondamentali ha evidenziato man mano un insieme di vincoli negativi entro cui deve orientarsi il legislatore per la scelta della sanzione penale da applicare .

La cornice costituzionale entro cui si sviluppa il sistema penale italiano, fornisce a quest'ultimo una mappa di limiti, ossia i confini entro cui potersi orientare, ma non fornisce delle prescrizioni perentorie rispetto al contenuto delle singole scelte incriminatrici.

La Corte Costituzionale, ha affermato che « “il principio di ‘riconoscibilità’ dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73 co. 3 e 25 co. 2 Cost., rinvia (...) alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di ‘rilievo costituzionale’ e tali da essere percepite anche in funzione di norme ‘extrapenali di civiltà’ (...)»<sup>38</sup>; parimenti, si è enunciato che « “il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve (...) circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l’ambito del penalmente rilevante»<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> il potere del legislatore è, in linea di principio, insindacabile e libero, ma, il principio di ragionevolezza pone un limite nello imporre di non effettuare discriminazioni di giudizio nei confronti di situazioni similari, ricollegandosi pertanto al disposto dell'art.3 cost.

<sup>38</sup> Corte Cost. sent. n.364 del 1988.

<sup>39</sup> Corte Cost. sent. n.409 del 1989.

## 2.1 Le diverse funzioni della pena

Esaminando ora le diverse funzioni che la pena assolve, dobbiamo innanzitutto precisare che la pena rientra nell'ampio *genus* della sanzioni, le quali, possono essere di diverso tipo (penali, amministrative etc.) e sono dirette a fornire risposta ad un comportamento giuridicamente rilevante.

Possiamo definire la pena come un istituto polifunzionale che persegue funzioni quali quella general-preventiva, special-preventiva e retributiva.

Esaminando una tra le prime e secolari funzioni della pena, bisogna innanzitutto analizzare quella afflittiva o retributiva.

La teoria retributiva della pena implica che l'afflizione della pena in capo al reo debba essere vista come la conseguenza del male commesso da quest'ultimo, cioè come una sorta di punizione applicata per il disvalore del proprio comportamento, il quale, ha dato vita al reato<sup>40</sup>.

Viene considerata come una funzione di carattere assoluto, giustificata in se stessa e insita nel concetto stesso di pena.

Il filosofo Immanuel Kant, ne 'La metafisica dei costumi' sosteneva che « "il diritto penale è il diritto che ha il sovrano, verso chi gli è soggetto, di infliggergli una pena quando si sia reso colpevole di un delitto»<sup>41</sup>.

Nella medesima opera, Kant, allude alla legge del taglione, intesa non come forma di giustizia privata ma dinnanzi al tribunale, in quanto « "solo la sbarra del tribunale può determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia»<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> La teoria retributiva della pena pone le sue fondamenta nell'idea che ogni uomo, secondo quello che è il libero arbitrio, possa scegliere tra il bene ed il male; qualora la scelta umana sia orientata verso il male e si concretizzi in un reato, allora il reo dovrà essere punito.

<sup>41</sup> I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), tr. it. di G. Vidari, *La metafisica dei costumi*, Bari, Laterza, 1970, parte prima, § 49, lett. E, p. 164: «l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo al servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale». E più oltre, ivi, parte seconda, § 38, pp. 333-334: «L'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro, e neppure da lui stesso) come un semplice mezzo, ma deve sempre essere trattato nello stesso tempo come un fine; e precisamente in ciò consiste la sua dignità (la sua personalità)».

<sup>42</sup> «La punizione giuridica [...] non può mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto perché egli ha commesso un delitto. E ciò perché l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale, contro di che egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa

Il filosofo Friederich Hegel, come il precedente, ha molto teorizzato sulla funzione retributiva della pena, specie nella sua più celebre opera 'Lineamenti di filosofia del diritto'<sup>43</sup>.

Emblematica, all'interno di quest'opera, appare la definizione di pena come "negazione di una negazione" ovvero "lesione di una lesione"; secondo il filosofo l'aver commesso un delitto implicherebbe, non già la lesione di un qualsivoglia interesse ma del diritto in sé e la pena sarebbe una risposta dell'ordinamento per negare, ossia far venir meno il delitto e ripristinare l'armonia originaria con il diritto. L'essenza della teoria retributiva della pena, pone le sue radici nel libero arbitrio lasciato ad ogni uomo, ma proprio perché quest'ultimo, ha optato per il 'male', deve essere punito.

Caratteristiche della retribuzione sono: la determinazione della pena e la sua proporzionalità, la personalità della pena e l'inderogabilità della sanzione.

La determinazione della pena implica che quest'ultima debba essere determinata nella rispettiva species, tenendo anche conto del minimo e del massimo edittale, essendo le pene applicate in base alla gravità del reato commesso<sup>44</sup>; la personalità della pena, in ossequio anche al disposto dell'art 27 co.1 cost., fa riferimento al fatto che la pena non

---

benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile. Egli deve essere trovato passibile di punizione, prima ancora che si possa pensare di ricavare da questa punizione qualche utilità per lui stesso o per i suoi concittadini. La legge penale è un imperativo categorico, e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio, la speranza del quale, secondo la sentenza farisaica per cui "è meglio che muoia un uomo solo, piuttosto che si corrompa tutto un popolo", dissipai ai suoi occhi l'idea della punizione o l'attenui anche soltanto di un grado; perché, se la giustizia scompare, non ha più alcun valore che vivano uomini sulla terra» (I. Kant, *La metafisica dei costumi*, cit., parte prima, § 49, lett. E, pp. 164-165).

<sup>43</sup> F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano, 2006, Bompiano editore, a cura di Cicero V.

<sup>44</sup> Ai sensi dell'art.133 c.p. "Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato desunta:

- 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;
- 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;
- 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

- 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;
- 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;
- 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;
- 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo."

La *ratio legis* della norma in esame ha un'importanza fondamentale in riferimento alla determinazione della pena; quest'ultima, infatti, ha lo scopo di indirizzare il giudice all'interno del potere discrezionale ad esso conferito, esplicando parametri oggetti quali la gravità del reato e parametri soggettivi relativi, invece, alla capacità a delinquere del *reo*.

possa essere espiata da un soggetto diverso da colui il quale abbia commesso il reato<sup>45</sup>; infine, l'inderogabilità della sanzione, prevede che la pena, intesa quale risposta al male insito nel reato commesso e nel disvalore della propria condotta, debba effettivamente essere espiata dal *reo*.

Sicuramente, la teoria retributiva della pena, scongiura il rischio di creazione di eventuali arbitri da parte del legislatore, infatti, essendo la pena legata indissolubilmente al fatto commesso e alla gravità del reato, elimina la possibilità che possano essere applicate 'pene esemplari', ossia pene non proporzionali al reato posto in essere.

Giuridicamente parlando, la pena intesa quale retribuzione, permetterebbe di ripristinare la legalità violata dal reato: infatti, attraverso la pena, l'ordinamento non farebbe altro che tutelare se stesso da possibili lesioni create dalla violazione delle norme di cui lo stesso si compone.

La seconda funzione assolta dalla pena è la general-preventiva.

La funzione general-preventiva della pena implica la minaccia della società tramite la sanzione penale volta a distogliere la generalità dei consociati dal delinquere.

Originariamente, la funzione general-preventiva, assolveva una funzione prettamente 'intimidatrice' della società, agendo la pena essenzialmente come coazione psicologica a causa della sua essenza afflittiva.

L'idea che la pena perseguisse una funzione di prevenzione generale è sempre stata presente nell'ideologia di ogni legislatore, mirando sul piano logico e sociologico ad indurre i consociati ad astenersi da alcuni comportamenti ritenuti riprovevoli e perseguirne invece altri ritenuti giuridicamente corretti<sup>46</sup>; finché, infatti, saranno imposte norme di comando, la loro violazione sarà scongiurata solo dalla 'paura' dell'applicazione di sanzioni penali<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Nella responsabilità penale non sono ammesse, a differenza della responsabilità civile, ipotesi di responsabilità oggettiva e responsabilità per fatto altrui; da ciò deriva che, all'interno dell'ambito penale, la pena dovrà essere inflitta solo al reale autore del reato, reato imputato a quest'ultimo per dolo o colpa.

<sup>46</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII edizione, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 712, « In altri termini, secondo questa impostazione, la forte disapprovazione sociale, della quale sia la minaccia che l'inflazione della pena sono simbolo, favorisce e stabilizza l'identificazione della maggioranza dei cittadini con il sistema di valori protetto dall'ordinamento giuridico ».

<sup>47</sup> La funzione general-preventiva della pena, pone le basi in un approccio psicologico, avendo la finalità di intimorire il reo rispetto ad un male che sarà necessariamente applicato qualora il soggetto in questione violi le norme volte a garantire l'incolumità dello Stato e del 'benessere' sociale.

La problematica più evidente della funzione general-preventiva è che la stessa debba cercare in qualche modo di stare al passo con i cambiamenti che investono la società al fine di adattare di volta in volta la pena, non facendo disperdere la propria efficacia; inoltre, affinché tale funzione espliciti *in toto* la propria validità e funzionalità, utopisticamente, dovrebbero crearsi delle sanzioni penali individuali, adattate al contesto sociale e culturale di ogni consociato, ma ciò richiederebbe senza dubbi uno sforzo disumano e per tale irrealizzabile.

Nonostante queste difficoltà, da parte del diritto penale, tale funzione appare essere irrinunciabile perché idonea a contenere in qualche modo il fenomeno della criminalità, fenomeno afflittivo di ogni società.

Tra gli elementi indispensabili della teoria della prevenzione generale si colloca, innanzitutto l'afflittività della pena: , infatti, se essa non fosse in qualche modo afflittiva, non si comprenderebbe perché i consociati dovrebbero distogliere dal commettere crimini.

In secondo luogo, si deve far riferimento all'adeguatezza e alla proporzionalità della pena, infatti, la pena deve essere adeguata e proporzionale al tipo di reato commesso; la detenzione, ad esempio, non risulta essere proporzionale a certi crimini, se troppo severa e crudele vi sarà il rischio di creare solo timore e paura, senza rafforzare la legalità dei consociati.

Ancora, viene in considerazione la sicurezza che la pena venga applicata, in quanto, non si assolverebbe ad alcuna funzione di prevenzione generale se ci fossero dubbi sull'applicazione reale della pena.

E ancora, si possono menzionare prontezza dell'irrogazione e determinatezza della fattispecie penale, in quanto, la funzione general-preventiva può avere effettiva attuazione solo se i consociati siano in grado di comprendere il precetto penale<sup>48</sup>.

---

Emblematica, in tema di funzione general-preventiva della pena, appare essere la teoria della coazione psicologica di Paul Johann Anselm Feuerbach; secondo tale teoria, la minaccia dell'irrogazione della pena rispetto alla commissione del reato, frenerebbe gli istinti criminali dell'individuo inducendolo ad immaginare le ipotetiche conseguenze dannose del suo comportamento *contra ius*.

<sup>48</sup> Il principio di determinatezza della fattispecie penale comporta due conseguenze: la prima è rivolta al legislatore e mira ad imporre una redazione chiara, precisa e comprensibile delle norme penali, mentre la seconda limita il giudice e riduce le diverse scelte che possono essere applicate al caso concreto.

Il principio in questione può essere desunto dagli artt. 1 e 199 c.p. attraverso l'avverbio 'espressamente' infatti secondo il primo articolo "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite" mentre

La funzione di prevenzione generale della pena, assume una duplice valenza: negativa, in quanto la pena si rivolge ai consociati quale ‘minaccia’ che sarà applicata in seguito alla commissione del reato instaurando, quindi, un nesso inscindibile tra minaccia ed irrogazione; e positiva, proprio perché, tendendo la norma incriminatrice a scongiurare il rischio che i consociati possano porre in essere comportamenti *contra ius*, assumerà inevitabilmente una funzione pedagogica.

È stata, tuttavia, mossa una critica alla accezione negativa della funzione general-preventiva della pena, affermando che la stessa non farebbe altro che strumentalizzare il reo al fine di addomesticare la generalità dei consociati<sup>49</sup>.

La pena, assolve inoltre, a una funzione di prevenzione speciale.

La funzione special-preventiva mira a scongiurare il rischio che il *reo* delinqua nuovamente, facendo leva su un insieme di strumenti terapeutici e rieducativi.

Tale funzione della pena, parte dal presupposto della vita sociale cui il *reo* si trovi a coesistere, proprio perché mira al suo reinserimento nella società neutralizzando il rischio di commissione di un futuro reato.

Nell’ambito della funzione special-preventiva, è importante porre in luce che, la pena deve essere plasmata a modello della persona interessata<sup>50</sup>, ossia ai suoi bisogni e alle sue particolarità, tendendo appunto al reinserimento sociale del soggetto in questione; inoltre, la pena dovrà essere protratta fino a che il soggetto non appaia esser ‘pronto’ al ritorno in socialità<sup>51</sup>.

La prevenzione speciale può essere distinta in una prevenzione *ante* e *post delictum*: *ante delictum*, in quanto si mirerebbe a prevenire la commissione di un reato da un soggetto che è già potenzialmente pericoloso, affidando tale funzione a misure medico-psico-pedagogiche, e *post delictum*, assumendo in questo caso l’irrogazione della pena

---

l’art. 199 c.p. dispone che “nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti.”

<sup>49</sup> G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 18, « Com’è intuibile, incombe una possibile obiezione di ascendenza kantiana: applicando una pena esemplare per finalità di generale deterrenza (...), il giudice finirebbe con lo strumentalizzare il colpevole per fini di utilità generale, trasformandolo in una sorta di capro espiatorio. ».

<sup>50</sup> P. STELLA, *Pena e Politica criminale, aspetti teorici e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2008, p.179 ss. « Secondo Lombroso la pena dovrebbe essere orientata alla prevenzione speciale, poggiare su di una prognosi (in senso clinico) di pericolosità ed essere modulata sulla pericolosità del puniedo. Accanto ai delinquenti costituzionali e – come tali – incorreggibili, esisterebbero anche individui che, pur avendo delinquito, non sono congenitamente pericolosi e risultano pertanto correggibili ».

<sup>51</sup> Secondo l’opposto pensiero di Cesare Lombroso, invece, il delinquente è tale per natura la risposta sanzionatoria del sistema penale ai crimini commessi da quest’ultimo non è altro che un metodo per proteggersi dal delinquente stesso.

le vesti di una vera e propria terapia che il soggetto ha il compito di portare a termine per vedersi reinserito all'interno della società.

La funzione di prevenzione speciale della pena si collega, quindi, conseguentemente, alla funzione rieducativa della stessa.

È lo stesso art. 27 della nostra Costituzione che assegna alla pena un finalismo rieducativo, postulando al terzo comma che « “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»”.

La concezione della pena quale ‘rieducativa’ ha trovato il suo punto d’arrivo nella Costituzione nonostante fosse un principio già discusso dai teorici illuministi.

Il *reo* non viene più visto quale soggetto da isolare, punire ed emarginare dal resto della società, ma, al contrario, come un soggetto bisognoso di supporto psichico e morale al fine di un suo migliore reinserimento nella società dopo che sarà trascorso il periodo di espiazione previsto dalla pena irrogata.

All'interno delle carceri, tale funzione è perseguita grazie ad una molteplicità di fattori: innanzitutto, facendo fare al detenuto delle sedute terapeutiche, inoltre, è previsto che nel caso in cui il reo sia tossicodipendente, alla luce di determinati requisiti, lo stesso possa espiaire la propria pena nel centro riabilitativo per portare a termine la propria terapia; tale funzione viene inoltre perseguita dando al detenuto la possibilità di istruirsi e lavorare all'interno del carcere<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Tali garanzie sono date dall'art.15 o.p. in base al quale “Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia. Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro. Gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa o di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica.”

## 2.2 Art.27 Cost. : il principio di rieducazione della pena

Principio cardine in tema di trattamento penitenziario è, come si è detto, quello posto dall'art. 27 della nostra Costituzione.

L'articolo 27 della Costituzione implica la presa di coscienza di diversi principi riferiti alla persona del reo e del recupero di quelle condotte volte al saper vivere civilmente<sup>53</sup>: innanzitutto, il primo comma, statuisce il principio che la responsabilità penale debba essere personale, e quindi, a differenza dell'illecito civile, nessuno può essere chiamato a rispondere del reato se non il soggetto che lo ha commesso, rinnegando qualsiasi forma di responsabilità oggettiva<sup>54</sup>; il secondo comma statuisce il principio della presunzione d'innocenza essendo l'imputato non ritenibile colpevole del reato fino a condanna definitiva, conferendogli quindi la possibilità di difesa<sup>55</sup>; infine, il terzo comma, enuncia il principio portante del diritto penale italiano, ossia, che la pena non possa essere contraria al senso di umanità e debba tendere alla rieducazione del condannato<sup>56</sup>.

I termini 'umanità' e 'rieducazione', esprimono concetti che, calati nel contesto penale, assumono una rilevanza importantissima e soprattutto sono indici di un'inversione di tendenza rispetto all'afflizione della pena così come considerata

---

<sup>53</sup> E. DOLCINI, *La « rieducazione del condannato » tra mito e realtà*, in V. GREVI – E. DOLCINI (a cura di) *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 57, « Dalla Costituzione non si ricava l'immagine di uno Stato che incarni un « idea morale » e sia legittimato a richiamarsi a valori trascendenti nell'amministrazione della giustizia. Vi sia afferma invece che la sovranità e il suo esercizio appartengono al popolo; si attribuisce inoltre un valore preminente alla libertà personale, il bene nella cui privazione si concreta la sanzione penale per eccellenza, la pena detentiva: (...) » ; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 28.

<sup>54</sup> La Corte Cost, nella sent. 322/2007, enuncia che ““il principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, primo comma, Cost., non si esaurisce nel mero divieto della responsabilità per fatto altrui, ma va inteso, amplius, come principio della responsabilità per fatto proprio colpevole: postulando, quindi, un “coefficiente di partecipazione psichica” del soggetto al fatto, rappresentato quanto meno dalla colpa «in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica».

<sup>55</sup> La presunzione di innocenza così come sancita dall'art. 27 co.2 Cost. è sancito e tutelato anche a livello sovranazionale all'interno dell'art.6 CEDU, in cui viene espressamente stabilito che “Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.”

<sup>56</sup> G. FIANDANCA, *Il III Comma art. 27*, in BRANCA, G. – PIZZORUSSO, A. ( a cura di), *Commentario alla Costituzione – Rapporti Civili*. Artt. 27-28, Bologna, 1991. p. 222.

nel passato, rigettando il concetto di crudeltà delle pene e mirando alla risocializzazione del detenuto<sup>57</sup>.

Il principio di rieducazione implica che durante l'esecuzione della pena debba esser dato al detenuto il supporto necessario al fine di meglio garantire il suo futuro ritorno nella compagine sociale quotidiana.

Rieducazione vuol dire, inoltre, presa di coscienza, da parte del reo, del disvalore del fatto commesso e volontà di eliminare i fattori che originariamente lo hanno spinto alla commissione del reato.

Tramite il principio di rieducazione si mira, allora, all'accettazione del fatto commesso e della relativa pena, alla comprensione e successivamente alla rimozione dei fattori che hanno spinto il soggetto all'azione *contra ius*, e ad una 'preparazione' del ritorno in società<sup>58</sup>.

Considerando il profilo di polifunzionalità della pena, è necessario, rammentare come è soltanto progressivamente che il finalismo rieducativo della stessa ha acquisito valenza nell'alveo del diritto penale; in una sentenza del 1989<sup>59</sup>, la Corte, afferma che non possa essere stabilita un gerarchia ed una 'preferenza' tra le funzioni cui la pena assolve; progressivamente, all'interno di una sentenza del 1990<sup>60</sup> viene affermato che la difesa sociale e l'intimidazione sono « “valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla costituzione nel contesto dell'istituto della pena»”; ed ancora, in una pronuncia del 2017 la Corte afferma che « “i principi di cui gli artt. 3 e 27 Cost. ...esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione, e reinserimento sociale»”<sup>61</sup>; Infine la Corte costituzionale, in una recente sentenza, ossia, la n.149 del 21 giugno 2018, ha posto in luce come il finalismo rieducativo

---

<sup>57</sup>L. BRESCIANI, *Appunti di diritto penitenziario*, Pisa, 2014, p. 103.

<sup>58</sup> P. RICOEUR, ne *Il diritto di punire*, a cura di L. Alici, Brescia, 2012, p.50 afferma che nell'ordinamento italiano la giustizia si basa sulla “restaurazione e sulla ricostruzione sociale”.

<sup>59</sup> Corte Cost., sent. 22 giugno 1989, n.282.

<sup>60</sup> Corte Cost., sent. 2 luglio 1990, n.313.

<sup>61</sup> Corte Cost., sent. 30 novembre 2017, n.179.

debba essere la funzione primaria della pena, affermando che essa « “non può mai essere sacrificata sull’altare di altre funzioni della pena” ».

Il punto d’arrivo, cui si è arrivato attraverso la normazione dell’art.27, è essenziale soprattutto per comprendere l’inversione di rotta rispetto al passato, in cui il reo veniva concepito come un soggetto da esiliare nella carceri e da esiliare soprattutto dalla società; la pena non aveva funzione rieducativa ma solo quella di punire il soggetto per il reato commesso.

Il detenuto, inoltre, viene ‘indotto’ a seguire i principi rieducativi che gli vengono impartiti nel penitenziario, in quanto, sono le stesse norme della legge sull’ordinamento penitenziario a prevedere un sistema premiale per i soggetti che riportano una buona condotta nel corso dell’espiazione della pena; si può prendere come riferimento l’art. 54 o.p.<sup>62</sup>, articolo che concede al detenuto la liberazione anticipata, se lo stesso abbia dimostrato effettivamente di aver aderito ai principi rieducativi impartitogli, infatti, il beneficio è concesso « “ quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società»”.

Il principio di rieducazione trova inoltre espressione nelle norme dell’ordinamento penitenziario che disciplinano anche metodi di espiazione della pena alternativi al carcere, col fine di non esiliare il soggetto dalla società proprio in ragione della non acuta gravità del reato commesso.

---

<sup>62</sup> Ai sensi dell’art. 54 o.p. “ Al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. A tal fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare.

La concessione del beneficio è comunicata all’ufficio del pubblico ministero presso la corte d’appello o il tribunale che ha emesso il provvedimento di esecuzione o al pretore se tale provvedimento è stato da lui emesso.

La condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell’esecuzione successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca.

Agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiaato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale, la parte di pena detratta ai sensi del comma 1 si considera come scontata. La presente disposizione si applica anche ai condannati all’ergastolo.”

Il finalismo rieducativo della pena, all'interno delle carceri italiane, viene perseguito in primis, costituendo un cartella personale del detenuto, a cui accederanno anche gli psicologi, psichiatri e criminologi ad hoc; ed inoltre, ai sensi dell'art. 15 o.p.<sup>63</sup>, assicurando al detenuto un lavoro all'interno del regime inframurario e dandogli la possibilità di istruirsi e di partecipare a progetti ed attività culturali, sportivi e ricreativi.

Il lavoro, soprattutto, viene considerato come presupposto del reinserimento sociale del detenuto: infatti, è lo stesso articolo 15 dell'ordinamento penitenziario a precisare che « “ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro»”; viene valutato come *condicio sine qua non*, perché è proprio il lavoro a dare all'uomo elementi quali la gratificazione, la realizzazione e soddisfazione personale e l'emancipazione.

Tale principio, deve proiettarsi verso l'esterno del limite costituito dalle mura del carcere, ovvero, verso la *societas*, come « “un impegno dello stato verso il delinquente»”, conferendo l' «“opportunità per un autonomo impegno di assunzione di responsabilità verso i valori sociali»”<sup>64</sup>.

Nella fase dell'irrogazione della pena, sarà il giudice a stabilire il quantum di pena necessario tra il minimo ed il massimo edittale previsto, idoneo a promuovere il reinserimento del detenuto nella società<sup>65</sup>; invece, durante la fase esecutiva della pena, il percorso rieducativo teso a raggiungere l'obiettivo finale, può e deve essere modificato tenendo conto dell'evoluzione della personalità del reo durante la permanenza inframuraria.

---

<sup>63</sup> Ai sensi dell'art. 15 o.p. “Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia.

Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro.

Gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica.”

<sup>64</sup> E. DOLCINI., *Pena e Costituzione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 1, pp. 3-33.

<sup>65</sup> DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 14, 15.

Il finalismo rieducativo può ritenersi tale da essere posto in correlazione con il principio di proporzionalità della pena.

La proporzionalità della pena fa riferimento alla risposta dell'ordinamento rispetto al reato commesso, che deve però essere proporzionale al male connesso<sup>66</sup>; infatti, una risposta ed un trattamento punitivo totalmente sproporzionato, non tenderebbero alla rieducazione del reo, bensì ad inasprire il suo rapporto con l'intero ordinamento giuridico.

La locuzione di 'umanità' determina ulteriore passo in avanti rispetto al passato, in quanto, la pena oggi non può non tener conto dei diritti inviolabili della persona umana.

L'uomo, nella sua essenza, viene ritenuto baricentro del diritto penale, e i suoi diritti devono essere rispettati anche dal sistema penale e dal trattamento penitenziario.

Il principio di umanità della pena, viene sancito sia dall'art. 27, co.3 Cost., in cui si stabilisce, appunto, che "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" e dall'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), in cui, viene sancito che « "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»".

L'umanità della pena si riferisce sia al fatto che essa non può consistere in trattamenti brutali della persona, ossia in torture, sia alle condizioni carcerarie in cui il reo è tenuto a convivere: infatti, numerose sono state le sentenze della Corte edu contro lo stato italiano in tema di condizioni carcerarie inumane (basti ricordare la sentenza Torreggiani e altri c. Italia<sup>67</sup>).

---

<sup>66</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 704; FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 265; PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 281.

<sup>67</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, sentenza 8 gennaio 2013, (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10).

La Corte Edu, nella sentenza in questione, ha condannato lo stato italiano per aver violato l'art.3 della CEDU, articolo in cui viene sancito che "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

Il principio di umanità della pena, altro non fa che essere presupposto interpretativo del finalismo rieducativo: infatti, è la stessa Corte costituzionale, in una celebre sentenza<sup>68</sup>, ad aver affermato che « “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato»”.

Bisogna, tuttavia, porre uno sguardo al pensiero dell’illuminista Cesare Beccaria, riferito principalmente alla pena di morte, ma, riferibile anche ai trattamenti penitenziari contrari al senso di umanità della persona.

Beccaria, in ‘*Dei delitti e delle pene*’, sostiene che la pena sia volta “ad impedire che il reo faccia nuovi danni ai suoi cittadini rimuovendo gli altri dal farne uguali”; da questa importante affermazione si evince che alla base del diritto, ci sia un contratto stipulato tra i cittadini e lo stato per la tutela di quei diritti che, altrimenti, sarebbero violati, comportando che nessun cittadino accetterebbe mai che in tale contratto si pattuisca per la pena di morte, in quanto, tale pena andrebbe contro la funzione del contratto stesso, ossia, tutelare i diritti inviolabili della persona umana<sup>69</sup>.

Appare necessario anche citare il pensiero dell’illuminista Voltaire, il quale, si concentra anch’esso sulla trattazione della tortura giudiziaria e, indubbiamente, sulla tortura in generale.

Secondo Voltaire, la tortura « “non serve a scoprire la verità, ma solo a causare inutilmente la morte più lunga e dolorosa»”<sup>70</sup>; con questa affermazione, l’illuminista, intende criticare la comune credenza che la tortura sia in qualche modo necessaria per la ricerca della verità e sia quindi valutabile come una condanna ‘giusta’, ponendo invece l’accento sulla sua irrazionalità e disumanità.

Nella maggior parte dei casi, si associano le nozioni di giustizia e di legalità della stessa, ma, talvolta tale assunto può non essere veritiero, in quanto, la vigenza della norma giuridica non è una *condicio sine qua non* del suo essere ‘giusta’; è, perciò,

---

<sup>68</sup> Corte Cost., sent. 12/1966.

<sup>69</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, p. 62. E più oltre: «Non è l’intensione della pena che fa il maggior effetto sull’animo umano, ma l’estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento»

<sup>70</sup> VOLTAIRE, *Premio della giustizia e dell’umanità*, Mimesis Editore, Sesto San Giovanni, 2015.

importante, che si guardi alla norma con occhio critico e si giudichi la stessa in base al suo contenuto e alla sua moralità, e non che sia ritenuta legittima solo perché legale.

Voltaire, giudica pessimisticamente la legge e la ritiene fallimentare soprattutto sotto il profilo umanitario, ma, allo stesso tempo, la considera comunque indispensabile e rimessa alla coscienza e al buon senso degli uomini e dei magistrati, sempre che tali valori non vengano perduti.

Tale concezione della legge e della legalità può essere desunta dalle parole stesse di Voltaire, infatti, egli afferma che « “: il cuore soffre e la mano trema, quando ci si ricorda di quanti orrori siano scaturiti dal seno delle leggi stesse. Si sarebbe allora tentati di auspicare che tutte le leggi fossero abolite, e che non vi fossero altro che la coscienza e il buon senso dei magistrati. Ma chi ci garantirà che questa coscienza e questo buon senso non si smarriranno? Non rimarranno altre risorse se non quella di levare gli occhi al Cielo e di piangere sulla natura umana? »<sup>71</sup>.

È indubbio, quindi, che i due principi sanciti dall'art. 27 co.3 cost., ossia, umanità della pena e rieducazione cui la stessa deve tendere, abbiano assunto un ruolo portante e basilare nell'intero sviluppo del sistema penale odierno.

Il principio di umanità della pena, altro non fa che riferirsi alla dignità innata, dignità che spetta sempre e comunque a ciascun individuo in quanto tale e che non può mai essere persa, evitando che l'uomo possa mai diventare 'cosa' e che possa perdere il complesso di diritti che gli spettino tramite trattamenti inumani e degradanti.

È la stessa Costituzione ad attribuire un rilievo centrale alla dignità innata dell'uomo, e ciò, si desume sia dall'art. 3 Cost.<sup>72</sup>, in cui si parla di “pari dignità

---

<sup>71</sup> VOLTAIRE, *Premio della giustizia e dell'umanità*, Mimesis Editore, Sesto San Giovanni, 2015.

<sup>72</sup> Ai sensi dell'art.3 cost. “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”

sociale”, sia dall’art.2<sup>73</sup>, in cui viene sancito che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”.

È lo stesso Giuseppe Capograssi, giurista e filosofo italiano, ad affermare che “L’uomo è riconosciuto come tale, solo se e in quanto è messo in condizioni e in grado di poter essere uomo, se è garantito dai bisogni e dalla miseria che gli impediscono di essere e di svolgersi come uomo”<sup>74</sup>.

Come detto precedentemente, la centralità del trattamento umano del detenuto, si desume da diverse disposizioni normative interne ma anche sovranazionali, ed in particolar modo dalle diverse sentenze della Corte edu contro lo stato italiano per un trattamento del detenuto contrario al senso di umanità, e per questo, in violazione dell’art.3 cedu.

Progressivamente, quindi, si è cercato di adattare il regime detentivo inframurario alla vita ‘normale’ e ‘quotidiana’, seppur con delle necessarie limitazioni; anche durante l’espiazione della pena, è insomma, necessario, dare al detenuto la possibilità d’espressione sempre all’interno di un contesto ‘sicuro’ e sono stati effettuati, infatti, degli studi sul tasso di recidiva in Italia, i quali, hanno dimostrato come la stessa sia diminuita quando si sia data al detenuto la possibilità di partecipare ad attività lavorative, culturali e ricreative, ed inoltre, di accedere a misure di espiazione della pena alternative al carcere<sup>75</sup>.

Anche al detenuto deve, quindi, essere offerta la possibilità di esprimersi nei limiti dell’ordine e della sicurezza; è la stessa Corte costituzionale, nella sentenza 349/1993 ad affermare che « “il detenuto, pur privato della maggior parte della sua

---

<sup>73</sup> Ai sensi dell’art.2 cost. “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

<sup>74</sup> G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, I vol. di pag. 237, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1938.

<sup>75</sup> È importante, dunque, che il detenuto non percepisca il carcere come una “trappola”, bensì, come un mezzo per crescere individualmente e rendersi conto del disvalore della propria condotta posta in essere con il reato.

Se l’espiazione della pena all’interno delle mura carcerarie raggiungerà tale obiettivo di crescita e se sarà dato un incentivo per ogni miglioramento comportamentale personale, allora, molto probabilmente, diminuirà anche esponenzialmente il rischio di recidiva associabile al reo.

libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».

Il principio rieducativo altro non fa che ristabilire il legame sociale precedentemente interrotto dal reato, far sì che il detenuto possa avere una presa di coscienza del disvalore della propria condotta, prepararlo al suo ritorno in società e minimizzare, se non neutralizzare del tutto, un'eventuale possibilità di recidiva.

Insomma, appare palese come entrambi i principi sanciti dall'art.27 co.3, abbiano alla base la centralità dell'uomo in quanto tale, e come tali principi fungano da colonna portante all'intero sistema penale e trattamento penitenziario, essendo, infatti, la stessa Corte costituzionale, ad affermare che "l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti"<sup>76</sup>.

È solo con la legge 26 luglio 1975 n. 354, meglio conosciuta come legge sull'ordinamento penitenziario, che si è avuto un vero e proprio punto di svolta, essendo il detenuto definitivamente considerato come titolare di diritti riferibili a diverse sfere della vita quotidiana, diritti non più sacrificati dall'espiazione della pena e dal trattamento penitenziario.

---

<sup>76</sup> Corte Cost. sent. 26/1999.

### **3. La legge 26 Luglio 1975, n 354 : norme in tema di ordinamento penitenziario e trattamento conforme ad umanità e dignità della persona**

La legge 26 luglio 1974 n.354, meglio conosciuta come legge sull'ordinamento penitenziario, ha segnato un punto di svolta rispetto al precedente regolamento e trattamento penitenziario di stampo fascista del 1931, il quale, si caratterizzava e contraddistingueva nel vedere la sofferenza e la privazione come strumenti necessari a raggiungere il pentimento interiore del detenuto e la sua rieducazione, considerando il carcere come luogo di isolamento ed emarginazione dalla vita esterna e dunque dalla società<sup>77</sup>.

Le uniche connessioni col mondo esterno risiedevano, infatti, nel colloqui, nella corrispondenza e nelle visite parentali, essendo, queste ultime, permesse solo ad una cerchia tassativa di soggetti.

Anche le strutture carcerarie e la burocrazia interna, rispecchiavano tali caratteristiche, essendo, la prima, ispirata al modello 'Benthamiano', ossia al famoso Panopticon e la seconda, una burocrazia rigida e centralizzata.

Il precedente trattamento penitenziario si ispirava, dunque, al metodo del terrore, utilizzando strumenti che avevano la finalità di un'adesione coattiva del detenuto alle regole ed alla legalità e, la maggior parte delle volte, tali strumenti consistevano in trattamenti dei detenuti contrari al senso di dignità ed umanità, calpestando qualsiasi tipo di diritto riconosciuto all'essere umano in quanto tale.

Vi furono nel corso degli anni diverse riforme in tema penitenziario, ma, è solo con la legge 354/1975 che si ebbe una vera e propria inversione di rotta, essendo, adesso, il trattamento penitenziario basato sui principi sanciti dalla nostra Costituzione e costituendo il trattamento l'unico metodo a disposizione per l'esecuzione della pena detentiva all'interno delle carceri<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Il detenuto era considerato come soggetto da isolare e non si aveva la preoccupazione di incentivare il recupero e la rieducazione del reo, soggetto che, al contrario, si riteneva non fosse più parte integrante della società.

<sup>78</sup> V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., p. 13 ss., G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 113 ss., L. FILIPPI - G. SPANGHER - M.F. CORTESI, *Manuale di Diritto Penitenziario*, IV ed., Milano, Giuffrè, p. 40.

Il concetto di trattamento penitenziario ha portata molto ampia e ricomprende al proprio interno sia le norme relative all'esecuzione di quelle disposizioni restrittive della libertà personale e sia i principi relativi all'amministrazione dei diversi istituti penitenziari<sup>79</sup>.

La legge 354/1975 pose alla base del trattamento penitenziario il disposto previsto dall'art. 27 co.3 Cost., in base al quale "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

Ponendo l'art.27 co.3 alla base dell'intero trattamento penitenziario, si è voluto esplicitamente affermare che le pene devono tendere alla rieducazione del detenuto e che le stesse non possano consistere in trattamenti contrari la dignità e l'umanità, e che ciò debba essere realizzato tramite diverse attività che facciano effettivamente prendere coscienza al detenuto della scorrettezza legale e morale della propria condotta e li prepari al ritorno in società.

La legge 354/1975, assicura che tali attività vengano effettivamente svolte dai detenuti, infatti, ai sensi dell'art.15 della medesima legge è stabilito che "Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia.

Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro.

Gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa di formazione professionale,

---

<sup>79</sup> M CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, Giuffrè, 2010, p.111; L. FILIPPI - G. SPANGHER - M.F. CORTESI, *Manuale di Diritto Penitenziario*, cit., p. 40; L. VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 684; F. FIORENTIN, *L'osservazione e il trattamento*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, G. Giappichelli editore, 2020, p. 19, in cui si fa espresso riferimento al c.d. "regime penitenziario" per l'amministrazione e la gestione dei diversi istituti.

possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica”.

La legge in questione, come detto precedentemente, si dimostra essere baluardo dei più alti principi costituzionali sanciti dall'interno dell'art.27 co.3, ossia rieducazione ed umanità della pena, e ciò viene confermato dallo stesso art.1 della legge in questione, ai sensi del quale « “Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»”<sup>80</sup>.

Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose<sup>81</sup>.

Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari.

I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome<sup>82</sup>.

Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva<sup>83</sup>.

Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo<sup>84</sup> che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione<sup>85</sup> in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti”.

L'art.1 della legge sull'ordinamento penitenziario, altro non fa che ribadire, confermare e rafforzare i principi costituzionali stabiliti all'interno dell'art.27 comma terzo della nostra Costituzione, ponendoli, ora, a base del trattamento

---

<sup>80</sup> Già dall'apertura dell'art.1 o.p. si comprende, facilmente e testualmente, il rifiuto del trattamento penitenziario del reo così come in passato e si garantisce, al contrario, un assoluto rispetto della dignità umana, dignità assicurata ad ogni individuo indipendentemente dal reato posto in essere.

<sup>81</sup> In questo comma, l'articolo in questione, non fa altro che richiamare le garanzie statuite dell'art. 3 comma 1 Cost.

<sup>82</sup> Anche il tal caso, la norma, è espressione della più alta tutela della dignità umana non riducendo gli individui alla stregua di “cose”, ma, assicurando che siano gli stessi siano chiamati con il proprio nome.

<sup>83</sup> Si richiama qui il principio della presunzione di innocenza stabilito dall'art. 27 comma 2 Cost.

<sup>84</sup> La norma fa espresso riferimento all'art. 27 comma 3 ed alla funzione rieducativa cui devono tendere tutte le pene.

<sup>85</sup> La norma, infine, si chiude sancendo che debba essere attuato un trattamento individualizzato tenendo conto delle esigenze, della personalità e degli sviluppi comportamentali del reo durante l'espiazione della pena.

penitenziario di ciascun detenuto<sup>86</sup>; l'umanità della pena ed il trattamento penitenziario conforme a dignità e con finalità rieducativa viene assicurato attraverso il disposto di questo articolo, scongiurando il rischio di una possibile futura attuazione di trattamenti lesivi dei diritti spettanti a ciascun individuo e comunque contrari al senso di umanità.

Si comprende, dunque, come vi sia stato l'abbandono del c.d. 'carcere duro' e come lo stesso non sia più visto come un luogo di segregazione ed emarginazione, ma, al contrario, come un luogo di recupero morale e legale del detenuto.

Ai sensi dell'art.4 ord.penit.<sup>87</sup> l'esercizio personale dei diritti è assicurato sia ai detenuti che agli internati, e ciò, in quanto, vengono sempre e comunque protetti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti a ciascun individuo, sia esso libero o meno; nel caso specifico di soggetti detenuti, sono comunque garantiti i diritti relativi all'integrità fisica, in riferimento all'art. 5 ord. penit.<sup>88</sup> relativo alle caratteristiche degli edifici carcerari e soprattutto alle celle (luogo in cui si svolgerà la maggior parte della vita quotidiana del detenuto) e all'art.11 ord.penit.<sup>89</sup>, relativo

---

<sup>86</sup> G. LA GRECA, Rieducazione (misure di), in Enciclopedia del diritto, XL, 1989, p. 761 ss.; L. DAGA, Trattamento penitenziario, in Enciclopedia del diritto, XLIV, 1992, p. 1304 ss.; M. CANEPA, S. MERLO, Manuale di diritto penitenziario., cit., p. 113; M. COSTANTINO - A. BERNASCONI, sub art. 15, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, Ordinamento penitenziario commentato, Padova, CEDAM, 2019, p. 209.

<sup>87</sup> Ai sensi dell'art. 4 ord.penit. "I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale."

<sup>88</sup> Ai sensi dell'art. 5 ord. penit. "Gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati.

Gli edifici penitenziari devono essere dotati di locali per le esigenze di vita individuale e di locali per lo svolgimento di attività lavorative, formative e, ove possibile, culturali, sportive e religiose."

<sup>89</sup> Ai sensi dell'art. 11 comma 1 e 2 ord. penit. " Il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria.

Garantisce a ogni istituto un servizio sanitario rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati.

Il comma 7 del medesimo articolo prevede poi che "l'atto dell'ingresso nell'istituto il detenuto e l'internato sono sottoposti a visita medica generale e ricevono dal medico informazioni complete sul proprio stato di salute. Nella cartella clinica il medico annota immediatamente ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti e, fermo l'obbligo di referto, ne dà comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza. I detenuti e gli internati hanno diritto altresì di ricevere informazioni complete sul proprio stato di salute durante il periodo di detenzione e all'atto della rimessione in libertà. Durante la permanenza nell'istituto, l'assistenza sanitaria è prestata con periodici riscontri, effettuati con cadenza allineata ai bisogni di salute del detenuto, e si uniforma ai principi di metodo proattivo, di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, d'integrazione dell'assistenza sociale e sanitaria e di garanzia della continuità terapeutica."

invece al servizio sanitario<sup>90</sup>; i diritti relativi al mantenimento ed alla prosecuzione dei legami affettivi con i familiari, e ciò in riferimento all'art. 18 ord. penit.<sup>91</sup>, relativo alla corrispondenza, ai colloqui e all'informazione, all'art. 28 ord. penit.<sup>92</sup>, relativo ai rapporti con la famiglia e all'art. 45 ord. penit.<sup>93</sup>, relativo all'assistenza alla famiglia; ed infine, i diritti relativi all'integrità culturale e morale, in relazione agli art. 18 co. 7, 8, 9, e agli artt. 19, 26 e 27 ord. penit., relativi rispettivamente all'istruzione, alla religione e pratiche di culto e alle attività culturali, ricreative e sportive.

Appare evidente, allora, come la figura del detenuto non sia più marginale, ma, come acquisisca invece un ruolo centrale, ruolo che viene assicurato ponendo alla base del trattamento penitenziario i valori ed i diritti inviolabili dell'uomo ed è, infatti, lo stesso art.1 co.2 ord. penit. a prevedere e sancire il divieto di discriminazione in base alla "nazionalità, razza, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose", ed a rafforzare tale disposto, provvede inoltre, l'art.32 ord. penit., secondo cui nessuno tra i detenuti « può avere, nei servizi dell'istituto, mansioni che comportino un potere disciplinare o consentano una posizione di preminenza sugli altri».

La tutela ed il rispetto della persona umana vengono, inoltre, espressi dal comma quarto dell'art.1 ord. penit., in base al quale «"i detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome»".

È evidente come la figura del detenuto divenga baricentro del trattamento penitenziario anche in relazione all'ultimo comma dell'art.1 ord. penit., ai sensi del quale «"il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti»"; in poche parole, si fa riferimento ad un trattamento individualizzato che tenga conto delle peculiarità del reo,

---

<sup>90</sup> Si richiama l'art. 32 Cost.

<sup>91</sup> Ai sensi dell'art. 8 comma 1 ord.penit. "I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, anche al fine di compiere atti giuridici."

<sup>92</sup> Ai sensi dell'art. 28 ord.penit. "Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie."

<sup>93</sup> Ai sensi dell'art. 45 ord.penit. comma 1 e 2 "Il trattamento dei detenuti e degli internati è integrato da un'azione di assistenza alle loro famiglie.

Tale azione è rivolta anche a conservare e migliorare le relazioni dei soggetti con i familiari e a rimuovere le difficoltà che possono ostacolare il reinserimento sociale."

un'osservazione scientifica della personalità così da poter redigere un trattamento penitenziario ad hoc e potendo con precisione indicare il luogo d'espiazione della pena ottimale al raggiungimento degli obiettivi rieducativi richiesti.

Dal momento di inizio della permanenza in carcere, e, fino al rilascio del detenuto, sarà predisposta una cartella personale del reo, cartella che sarà aggiornata in seguito ai diversi sviluppi personali e traguardi comportamentali cui tendono i diversi trattamenti pratici eseguiti durante la permanenza in carceri e, tali cartelle, saranno anche punto di riferimento per l'eventuale concessione di benefici penitenziari qualora certifichino la 'buona condotta' del reo<sup>94</sup>; ai sensi dell'art. 13 ord. penit., infatti, «“Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto.

Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa.

Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati della osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione.

Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale, nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento pratico e i suoi risultati<sup>95</sup>.

Deve essere favorita la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento»”.

---

<sup>94</sup> Il trattamento individualizzato corrisposto a ciascun detenuto altro non è che un'ennesima prova di come sia posta al centro del trattamento penitenziario la figura del reo nella sua umanità tenendo conto delle peculiari esigenze che contraddistinguono ciascun detenuto. Non più un trattamento indistinto e “di massa”, ma particolarizzato e volto a promuovere un reale recupero della socialità perduta.

<sup>95</sup> G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 115 ss., in cui si afferma che “l'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto” è connesso “alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali”. Il trattamento individualizzato viene effettuato non da un apposito centro di osservazione ma dallo stesso personale dell'amministrazione penitenziaria e, se ricorrono esigenze particolari, anche da soggetti specializzati ai sensi dell'art.80 ord.penit.

Attraverso la predetta legge, è stata data ai detenuti anche la possibilità di denunciare la lesione dei propri diritti, ogniqualvolta questa lesione sia stata provocata mediante un provvedimento dell'amministrazione penitenziaria.

Si parla del diritto di reclamo, diritto concesso dall'art.35 ord.penit.<sup>96</sup>, con la relativa procedura descritta dal successivo articolo<sup>97</sup>.

La procedura- recentemente innovata tramite il d.lgs. n. 123 del 2018, art.3, comma 1, lett.c – prevede, oggi, che il magistrato di sorveglianza, dopo aver fissato la data dell'udienza a seguito del reclamo ricevuto, ne fa dar avviso sia al soggetto che ha proposto il reclamo, ma anche, all'amministrazione penitenziaria, la quale, potrà comparire tramite un proprio dipendente ovvero trasmettere le dovute osservazioni e richieste.

È indubbio, allora, come la legge sull'ordinamento penitenziario abbia interiorizzato i principi costituzionali di umanità e rieducazione, e ciò, lo si desume anche da norme regolamentari, in quanto, all'interno del D.P.R. 431/76, si evince come vi sia stato un abbandono della finalità custodialistica del carcere nel momento in cui si afferma che “la sicurezza, l'ordine e la disciplina degli istituti penitenziari costituiscono la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati”<sup>98</sup>.

La detenzione in carcere e la conseguente privazione di libertà diventano , allora, un mezzo di recupero del reo e di risocializzazione e rieducazione dello stesso, obiettivi raggiungibili mediante la previsione di un trattamento individualizzato ma comunque con una continua sorveglianza al fine di garantire l'ordine la sicurezza all'interno dell'istituto<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Ai sensi dell'art. 35 ord.penit. “I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa:

- 1) al direttore dell'istituto, al provveditore regionale, al capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e al Ministro della giustizia;
- 2) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto;
- 3) al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti;
- 4) al presidente della giunta regionale;
- 5) al magistrato di sorveglianza;
- 6) al Capo dello Stato.”

<sup>97</sup> Art. 35bis ord.penit.

<sup>98</sup> Art. 2 comma 1 D.P.R. 431/1976.

<sup>99</sup> T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, in V. GREVI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 286 ss., « Non vi è dubbio tuttavia che il binomio «ordine e sicurezza» evocando gli aspetti più duri della realtà

Il codice di procedura penale del 1930 faceva riferimento alla figura del giudice di sorveglianza, come una figura cui erano attribuiti compiti riguardanti la vigilanza relativa all'esecuzione delle pene detentive e l'osservazione inerente la sussistenza della pericolosità sociale del reo durante l'applicazione delle misure di sicurezza.

La legge del 1975 propone, invece, una prospettiva del tutto nuova, che attribuisce al procedimento di sorveglianza una totale autonomia ed un corpo di regole autonome rispetto ai procedimenti cognitivi ed esecutivi.

L'idea base è stata quella di affidare anche al procedimento di sorveglianza una finalità rieducativa, dovendo valutare, di volta in volta ed in base al comportamento del reo, l'applicazione ovvero la revoca di misure alternative alla detenzione.

Il procedimento di sorveglianza, quindi, non assolve a una funzione prettamente giurisdizionale, in quanto, non si basa sulla verifica dell'avvenuto reato ma assolverebbe, di contro, una funzione amministrativa, concentrandosi solo sulla concessione o meno di un beneficio penitenziario in base alla valutazione sulla pericolosità e buona condotta del reo.

Esso risulta essere, quindi, un procedimento concentrato solo sulla valutazione della personalità del condannato e pienamente connesso con la funzione rieducativa annunciata dall'art.27 cost. e dalla stessa legge 354/1975; tale procedimento « “non assume una dimensione storico-retrospettiva incentrata su di uno o più dati di fatto fissati per sempre nel tempo, ma risulta costituito dalla valutazione diagnostica e prognostica comportamentale della personalità individuale»”<sup>100</sup>.

L'intervento del giudice di sorveglianza può aversi ex ante ovvero ex post.

Infatti la cognizione del giudice di sorveglianza, circa la valutazione sulla personalità del reo, può aversi ab initio, ossia, prima che abbia inizio l'espiazione della pena in regime inframurario, come nel caso di sospensione dell'esecuzione di pene detentive non superiori a quattro anni per valutare la possibilità di conversione della pena in regime non detentivo e quindi applicare una misura alternativa al carcere; ovvero, ex post, cioè dopo aver iniziato l'espiazione della pena detentiva valutando se i trattamenti pratici effettuati abbiano avuto risultati visibili ed efficaci

---

riuscire difficilmente collocabile nell'orizzonte di un *esprit de civilisation* nutrito da quelle prospettive di rieducazione e/o di risocializzazione che da sempre alimentano l'inesausto ottimismo della politica penitenziaria. ».

<sup>100</sup> V. A. BASSI, il criterio di competenza territoriale nel procedimento di sorveglianza e il principio del giudice naturale, in Cass. pen. 1989, p.2088.

sulla personalità del detenuto, onde concedere l'applicazione di benefici penitenziari.

È bene aprire una parentesi circa la previsione della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva non superiore ad anni quattro, in quanto, tale previsione è divenuta tassativa dopo la recente sentenza della Corte Costituzionale 2 marzo 2018 n.41, sentenza attraverso la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.656 co.5 c.p.p. nella parte in cui prevedeva che il pubblico ministero potesse richiedere la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, costituente anche residuo di maggior pena, non superiore a tre anni anziché a quattro<sup>101</sup>.

Appurato ciò, è evidente come il punto comune delle due procedure risiede in ogni caso nell'assunto disposto dall'art.27 co.3 Cost.: infatti, entrambe le cognizioni effettuate prima o dopo l'entrata in carcere del detenuto, hanno ad oggetto la valutazione sul raggiungimento o meno della finalità rieducativa richiesta per la concessione dei benefici previsti.

All'interno della legge sull'ordinamento penitenziario sono gli artt.71, 71-bis, 71-ter, 71-quater, 71-quinquies e 71-sexies a descrivere il procedimento tipico di sorveglianza.

---

<sup>101</sup> Ai sensi dell'art. 656 comma 5 "Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47 ter, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l'esecuzione. L'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato e al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase di giudizio, con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione di cui agli articoli 47, 47 ter e 50, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e di cui all'articolo 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 90 dello stesso testo unico. L'avviso informa altresì che, ove non sia presentata l'istanza o la stessa sia inammissibile ai sensi degli articoli 90 e seguenti del citato testo unico l'esecuzione della pena avrà corso immediato.

#### **4. Le misure alternative al carcere : la legge 10 ottobre 1986 , n.663 (c.d. legge Gozzini)**

La legge 354/1975 sicuramente segnò il tramontare della secolare e radicata concezione del detenuto e del trattamento penitenziario e l'alba di un punto di vista del tutto nuovo, attribuendo un ruolo centrale all'uomo e ai suoi diritti inviolabili e dando attuazione ad un principio rimasto nell'ombra per molto tempo, ossia, quello sancito dall'art.27 co.3 della Costituzione.

La legge sull'ordinamento penitenziario fu sottoposta nel corso degli anni a continue riforme, tra le quali, una delle più importanti e significative la legge 10 ottobre 1986 n. 663, la c.d. legge Gozzini<sup>102</sup>.

La legge in questione cercò di temperare le due esigenze della sicurezza e del trattamento individualizzato fornito a ciascun detenuto, cercando sempre più di - assicurare al reo- a seguito di un esito positivo del trattamento, l'espiazione della restante pena fuori dalle mura del carcere.

Si può chiaramente affermare che la legge n.663 del 1986 possa essere classificata come una legge che si basa su una prospettiva di 'decarcerizzazione', fornendo al detenuto modi e mezzi per espriare la pena aldilà del regime inframurario, riacquisendo progressivamente la libertà perduta ed il contatto con la società ed il mondo esterno.

In realtà, all'interno della legge Gozzini, possono chiaramente distinguersi due filoni di pensiero, o meglio, due garanzie assicurate: da un lato, l'ordine e la sicurezza, garantiti con l'introduzione dell'art. 41-bis, applicabile in "situazioni di emergenza" e dall'altro la rieducazione del detenuto, attraverso la concessione, a seguito di esito positivo del trattamento attuato e buona condotta, la possibilità di applicazione delle misure alternative al carcere.

---

<sup>102</sup> Legge 10 ottobre 1986, n. 663, *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*. (GU Serie Generale n.241 del 16-10-1986 - Suppl. Ordinario n. 95).

Originariamente le misure alternative al carcere venivano concesse solo dopo che il detenuto avesse espiato un quantitativo di pena ben preciso, di contro, la legge Gozzini concede l'applicazione di tali benefici all'interno di un'ottica premiale e deflattiva.

La legge Gozzini ha innanzitutto introdotto nell'ordinamento penitenziario l'art. 47-ter<sup>103</sup>, in tema di detenzione domiciliare.

Anche tale istituto è stato nel corso degli anni riformato, ma prevede essenzialmente la possibilità di continuare l'espiazione della pena nella "propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza".

La detenzione domiciliare si presenta come una misura mediana tra la detenzione inframuraria e le altre misure alternative al carcere; manca inoltre la presenza di disposizioni rieducative essendo la detenzione domiciliare caratterizzata da meri divieti, come l'imposizione di orari in cui si può uscire dalla propria abitazione, che possono essere modificati a seguito della constatata affidabilità del condannato<sup>104</sup>.

La detenzione domiciliare può essere concessa al soggetto detenuto che abbia riportato un comportamento affidabile<sup>105</sup> nel corso dell'espiazione della pena in carcere, ossia, un esito positivo ai trattamenti rieducativi; ma anche al soggetto in stato di libertà, potendo il pubblico ministero richiedere al tribunale di sorveglianza la sospensione dell'ordine di esecuzione per pene detentive non superiori ad anni quattro e quindi la contestuale applicazione della detenzione domiciliare.

---

<sup>103</sup> L'art. 47ter ord.penit. comma 1 prevede che "La pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609 bis, 609 quater e 609 octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4 bis della presente legge, può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza, quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale."

La Corte Costituzionale con sentenza 56/2021 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.47ter comma 1 limitatamente alla locuzione "ne' sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale".

<sup>104</sup> G.CASAROLI, *Misure alternative*; A.TAMPIERI, *Detenzione domiciliare*, in G. FLORA (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*.

<sup>105</sup> L'affidabilità può essere intesa come la capacità che il soggetto ha- tramite il percorso e trattamento rieducativo- gradualmente acquisito nel rispettare le regole, ritenendo che lo stesso sarà in grado di autogestirsi anche all'esterno dell'istituto penitenziario.

Per la concessione di tale misura sono richiesti due requisiti, ovvero, l'agibilità del domicilio<sup>106</sup> e ovviamente la valutazione circa l'affidabilità del condannato<sup>107</sup>.

L'art. 47-ter ord. penit.<sup>108</sup> detta, in seguito, le categorie di soggetti ai quali tale misura possa essere applicata, tenendo sempre e comunque conto delle cause ostative disciplinate al comma primo del medesimo articolo.

La misura sarà poi revocata nel caso in cui il soggetto porrà in essere un comportamento contra ius oppure violerà le prescrizioni impartite, essendo valutato il suo comportamento come incompatibile alla prosecuzione della misura concessagli; la misura sarà inoltre revocata qualora vengano a mancare i presupposti previsti dai commi 1, 1-bis e 1-ter.<sup>109</sup>.

Come detto in precedenza la misura alternativa della detenzione domiciliare non assolve prettamente a istanze rieducative, ma, più che altro a scopi umanitari, tenendo dunque conto della situazione psicofisica dei detenuti (si può, ad esempio, far riferimento alla concessione di tale misura agli ultrasessantenni, donne incinta etc.).

---

<sup>106</sup> Il domicilio dovrà pertanto essere legittimo, e cioè vi dovrà essere la formale titolarità dello stesso o in capo al soggetto che gode della misura concessa oppure in capo a colui che offre la disponibilità dello stabile; dovrà inoltre essere fornito delle utenze domestiche necessarie e permettere i regolari controlli effettuati dalle forze dell'ordine.

<sup>107</sup> Se il soggetto ammesso al godimento della misura proviene dal carcere, per attestare la sua affidabilità si farà riferimento alla c.d. *relazione di sintesi*, ossia il documento predisposto dagli operatori penitenziari che abbiano effettivamente attestato uno sviluppo comportamentale positivo in capo al *reo*; se il soggetto ammesso a godere della misura, invece, è *in status libertatis*, il documento cui si dovrà far riferimento per attestare l'affidabilità consisterà in una relazione delle forze dell'ordine.

<sup>108</sup> Ai sensi dell'art.47ter comma 1 ord.penit. "La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di:  
a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente;  
b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole;  
c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali;  
d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente;  
e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia."

<sup>109</sup> Art.47ter comma 6 e 7 ord.penit.

Un'ulteriore e principale novità che la legge 663/1986 ha apportato, è stata sicuramente l'introduzione dell'art.30-ter contenente la normativa inerente i permessi premio.

Attraverso i permessi premio, si consente al detenuto di assentarsi dall'istituto penitenziario e trascorrere dei periodi di libertà per «“coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro»”.

L'art.30-ter ord. penit. stabilisce che i permessi premio non devono superare, ogni volta concessi, i quindici giorni e i quarantacinque giorni considerando l'intero anno di espiazione<sup>110</sup>.

Al secondo comma è prevista una deroga di tale regola per i detenuti minori di età, per i quali, la durata del permesso premio non può superare i trenta giorni, ogniquale volta il permesso viene concesso, e i cento giorni considerando l'intero anno di espiazione<sup>111</sup>.

I requisiti per la concessione di tale beneficio sono la buona condotta e la comprovata non pericolosità del detenuto cui si consideri concedere il permesso premio.

Vi è una sostanziale differenza tra il disposto dell'art.30-ter e del precedente art.30 ord. penit., in quanto quest'ultimo, fa riferimento non già ai permessi premio, ma a i semplici permessi concedibili «“nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente»” e «“per eventi familiari di particolare gravità»”<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Ai sensi dell'art.30ter comma 1 ord.penit. “Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione.”

<sup>111</sup> Ai sensi dell'art.30ter comma 2 ord.penit. “Per i condannati minori di età la durata dei permessi premio non può superare ogni volta i trenta giorni e la durata complessiva non può eccedere i cento giorni in ciascun anno di espiazione.”

<sup>112</sup> Ai sensi dell'art.30 ord.penit. “Nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai condannati e agli internati può essere concesso dal magistrato di sorveglianza il permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, l'infermo. Agli imputati il permesso è concesso dall'autorità giudiziaria competente a disporre il trasferimento in luoghi esterni di cura ai sensi dell'articolo 11.

Analoghi permessi possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità.

Si comprende, dunque, come i permessi premio a differenza dei permessi disposti dall'art.30 ord. penit, siano incentrati su un'ottica premiale e rieducativa: il condannato che avrà riportato, durante l'espiazione della pena, una buona condotta e non sarà ritenuto socialmente pericoloso sarà ammesso a tale beneficio come impegno e ricompensa della sua perseveranza e determinazione nel rispettare la finalità rieducativa che l'amministrazione penitenziaria si impegna ad impartire a ciascun detenuto.

Attraverso i permessi premio trova, quindi, piena applicazione il principio statuito nell'art.27 co.3 della nostra Costituzione evidenziando sempre più un'inversione di tendenza rispetto alla concezione passata.

Alla legge Gozzini è inoltre riconosciuto il contributo di aver modificato istituti già presenti ed esistenti nella legge sull'ordinamento penitenziario.

Facciamo innanzitutto riferimento alla liberazione anticipata, istituto previsto dall'art.54 ord. penit. e modificato successivamente dalla legge 663/1986<sup>113</sup>.

Questo istituto, prima dell'intervento della legge Gozzini, prevedeva la possibilità di detrarre venti giorni dal computo del periodo totale di espiazione della pena per ciascun semestre in cui veniva registrata una buona condotta da parte del detenuto.

---

Il detenuto che non rientra in istituto allo scadere del permesso senza giustificato motivo, se l'assenza si protrae per oltre tre ore e per non più di dodici, è punito in via disciplinare; se l'assenza si protrae per un tempo maggiore, è punibile a norma del primo comma dell'articolo 385 del codice penale ed è applicabile la disposizione dell'ultimo capoverso dello stesso articolo.

L'internato che rientra in istituto dopo tre ore dalla scadenza del permesso senza giustificato motivo è punito in via disciplinare.”

<sup>113</sup> Ai sensi dell'art.54 ord.penit. “Al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. A tal fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare.

La concessione del beneficio è comunicata all'ufficio del pubblico ministero presso la corte d'appello o il tribunale che ha emesso il provvedimento di esecuzione o al pretore se tale provvedimento è stato da lui emesso.

La condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca.

Agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiaato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale, la parte di pena detratta ai sensi del comma 1 si considera come scontata. La presente disposizione si applica anche ai condannati all'ergastolo.”

La legge 663/1986 ha il merito di aver innalzato a quarantacinque giorni la durata della detrazione -originariamente pari a venti giorni- per ogni semestre in cui si registrava una buona condotta, incentivando ancora di più il detenuto a rispettare e seguire gli insegnamenti rieducativi prescritti utilizzando il metodo della semestralizzazione e quindi della valutazione comportamentale semestrale<sup>114</sup>.

Anche in questo caso, si può riscontrare una puntuale attuazione del principio rieducativo: infatti, è lo stesso art.54 ord. penit. ad affermare che tale beneficio è concesso «“al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione»” ed è «“concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società»”.

Con il decreto legge 23 dicembre 2013 n. 146 è stato introdotto, a seguito dell’emergenza del sovraffollamento carcerario, l’istituto della liberazione anticipata speciale; istituto che prevedeva la detrazione di settantacinque giorni dal computo totale della pena da espiare per ogni semestre di buona condotta e che rimase in vigore fino al 23 dicembre 2015, lasso di tempo adatto per cercare di ripristinare le originarie e dignitose condizioni del trattamento penitenziario<sup>115</sup>.

Ulteriore modifica effettuata dalla legge Gozzini riguarda anche l’affidamento in prova ai servizi sociali, disciplinato dall’art.47 ord. penit.

L’affidamento in prova ai servizi sociali prevedeva, inizialmente, l’applicazione di tale beneficio solo ai condannati che avevano commesso reati di media e lieve gravità, per i quali, si riteneva che la finalità rieducativa potesse essere più

---

<sup>114</sup> Cass., Sez. I, 16 maggio 2019, n.27573, in C.E.D. Cass., n. 275849, secondo cui “Ai fini dell’applicazione del beneficio della liberazione anticipata, non è necessaria la continuità del periodo di detenzione da valutare, giacché il computo del semestre di pena scontata, agli effetti della detrazione prevista dall’art. 54 della l.26 luglio 1975, n.354, può avvenire anche cumulando periodi di detenzione, riferibili alla medesima esecuzione e separati da un intervallo temporale, purché si tratti di frazioni di semestre che si presentino ragionevolmente ad un efficace apprezzamento della partecipazione all’opera di rieducazione”. Cass., Sez. I, 15 novembre 2018, n.2895, in C.E.D. Cass., n. 275052, secondo cui “In tema di benefici penitenziari, ai fini della concessione della liberazione anticipata non è valutabile il periodo espiato in libertà controllata, difettando in quest’ultima sia lo stato detentivo, o anche una mera affinità con esso, sia l’osservazione del condannato diretta alla verifica della sua partecipazione all’opera rieducativa.”

<sup>115</sup> Cass., Sez. I, 19 ottobre 2018, n. 18224, in C.E.D. Cass., n. 275467, secondo cui l’introduzione dell’istituto della liberazione anticipata speciale ha natura derogatoria rispetto alla liberazione anticipata così come prevista dall’art.54 ord.penit. ed inoltre risulta essere istituto del tutto eccezionale proprio perchè ad applicazione temporale limitata.

efficacemente perseguita dall'esterno delle mura del carcere e non all'interno dello stesso, in cui al contrario si temeva uno scoraggiamento ed una retrocessione del detenuto.

La legge Gozzini ha, invece, esteso tale beneficio equiparando il 'quantum' di pena inflitta alla restante pena da espiare<sup>116</sup>, colmando la differenza tra condannati colpevoli di reati di lieve e media gravità e soggetti condannati a reati decisamente più gravi, ritenendo che gli stessi potessero esser considerati affidabili dopo il buon esito riscontrato durante la sottoposizione ai trattamenti penitenziari rieducativi.

L'affidamento in prova ai servizi sociali viene concesso dal magistrato di sorveglianza rappresentando, oggi, la misura alternativa al carcere che più persegue la finalità rieducativa del detenuto e concedibile ai soggetti di cui al co.1<sup>117</sup> e 3-bis dell'art.47 ord. penit.

L'affidamento in prova ai servizi sociali può essere attuato sia nei confronti del condannato libero -nel qual caso dovranno essere richieste informazioni ed una relazione all'ufficio dell'esecuzione penale esterna circa i suoi dati biografici e la realtà socio-familiare- che nei confronti del soggetto detenuto<sup>118</sup>.

Tale beneficio può essere concesso al condannato solo in presenza di tre requisiti: lo stesso non deve esser stato condannato per uno dei c.d. reati ostativi di cui all'art.4-bis ord. penit e, se il soggetto è recluso, dovrà essere controllato il 'quantum' di pena che il detenuto dovrà ancora espiare e, inoltre, lo stesso dovrà

---

<sup>116</sup> Ai sensi dell'art.47 comma 3-bis ord.penit. "L'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiatione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2."

<sup>117</sup> Ai sensi dell'art.47 comma 1 ord.penit. "Se la pena detentiva inflitta non supera tre anni, il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dell'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare."

<sup>118</sup> Ai sensi dell'art.47 comma 2 ord.penit. "Il provvedimento è adottato sulla base dei risultati della osservazione della personalità, condotta collegialmente per almeno un mese in istituto, se il soggetto è recluso, e mediante l'intervento dell'ufficio di esecuzione penale esterna, se l'istanza è proposta da soggetto in libertà, nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati."

aver riportato un esito positivo “all’osservazione della personalità” protrattasi per un mese all’interno dell’istituto penitenziario.

Tuttavia è comunque previsto che, nel caso di condanna per uno dei reati previsti dall’art.4-bis ord. penit., l’accesso al beneficio penitenziario sia concedibile a colui il quale collabori con la giustizia o abbia collaborato con la stessa<sup>119</sup> e sempre nel caso in cui sia accertata la mancata sussistenza di collegamenti tra il detenuto e l’associazione mafiosa e criminale<sup>120</sup>.

L’affidamento in prova ai servizi sociali è solitamente accompagnato da provvedimenti a contenuto prescrittivo, contenenti ad esempio l’imposizione di limiti di orario, divieto di assumere sostanze alcoliche, stupefacenti etc.; tali prescrizioni, ai sensi dell’ottavo comma dell’art.47 ord. penit.<sup>121</sup>, possono essere modificate per meglio adeguarle all’andamento dell’affidamento ma dette modifiche non possono mai ed in alcun caso essere discriminatorie ed ingiustificate<sup>122</sup>.

Ai sensi del dodicesimo comma dell’art.47 ord. penit. «“l’esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale. Il tribunale di sorveglianza, qualora l’interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può dichiarare estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa»”; tale conseguenza non sarà pertanto automatica al termine dell’affidamento in prova al servizio sociale, ma il tribunale di sorveglianza dovrà avvalersi e tener conto della relazione fornita dall’ufficio dell’esecuzione penale esterna.

---

<sup>119</sup> Art.4bis comma 1 ord.penit.

<sup>120</sup> Art.4bis comma 1-bis ord.penit.

<sup>121</sup> Ai sensi dell’art.47 comma 8 ord.penit. “Nel corso dell’affidamento le prescrizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza. Le deroghe temporanee alle prescrizioni sono autorizzate, nei casi di urgenza, dal direttore dell’ufficio di esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione di cui al comma 10.”

<sup>122</sup> Cass., Sez. I, 20 novembre 2018, n. 54339, in C.E.D. Cass., n. 274756, secondo cui “sono illegittime le prescrizioni attuative del programma trattamentale che impongono un generico ed indiscriminato divieto di utilizzare mezzi di comunicazione, senza alcun vaglio preliminare che correli ciascun divieto al giudizio prognostico formulato nei confronti dell’affidato, trattandosi di una ingiustificata limitazione della libertà costituzionalmente garantita di manifestazione del pensiero contrastante con la finalità rieducativa della misura alternativa alla detenzione.”

Nel 1985 era stato anche previsto l'istituto dell'affidamento in prova 'in casi particolari', per tali intendendosi i tossicodipendenti o gli alcolodipendenti che avessero iniziato un programma di recupero; la legge Gozzini modificò anche l'art.40-bis ord. penit., disponendo che tale beneficio dovesse essere concesso non solo a coloro i quali avessero già iniziato la terapia ma anche ai condannati che con l'intenzione di iniziarla e sottoporsi, quindi, al programma terapeutico.

Infine, attraverso la legge 663/1986 vi è stata l'abrogazione dell'art. 90 ord. penit.<sup>123</sup> e l'introduzione dell'art.41-bis avendo, il Ministro di grazia e giustizia, in casi eccezionali, la facoltà di sospendere le normali regole del trattamento penitenziario ed applicare un regime di detenzione particolarmente rigido.

La previsione dell'art.41-bis si rifà comunque ad una logica di trattamento individualizzato del reo, che nel caso di specie deve presentare una pericolosità elevata, pericolosità non strettamente personale ma soprattutto inerente al mantenimento dell'ordine e della sicurezza interni al carcere, scongiurando il pericolo che possa crearsi una gerarchia parallela ed una microsocietà criminale all'interno dell'istituto penitenziario.

---

<sup>123</sup> L'articolo in questione, prima di essere abrogato dalla legge Gozzini e sostituito dall'art.41bis ord.penit., disciplinava che "Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro per la grazia e giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza."

#### **4.1 Cause ostative alla concessione dei benefici penitenziari: art.4-bis o.p.**

All'indomani della legge Gozzini, con il decreto legge 13 maggio 1991 n.152<sup>124</sup>, poi convertito in l. 12 luglio 1991 n. 203, è stato introdotto nella legge sull'ordinamento penitenziario l'articolo 4-bis.

Tale disposizione è stata principalmente introdotta per porre un limite all'eccessivo permissivismo contenuto nella legge 663/1986.

L'articolo in questione ha la finalità di precludere, o meglio, rendere più difficile, l'accesso ai benefici penitenziari da parte di detenuti autori di reati particolarmente gravi mediante un onere probatorio particolarmente arduo e tortuoso.

Innanzitutto, può essere utile riassumere tutte le tappe che hanno apportato una modifica all'art.4-bis fino al contenuto oggi vigente.

Inizialmente l'articolo prevedeva due fasce di reati: per la prima, ovvero, per i detenuti condannati «per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-bis<sup>125</sup> e 630<sup>126</sup> del codice penale e all'articolo 74<sup>127</sup> del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309» la concessione delle misure alternative al carcere, del permesso premio e del lavoro all'esterno era ammessa solo se fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»; per la seconda fascia, ovvero, per i detenuti condannati a «delitti di cui agli articoli 575<sup>128</sup>, 628, terzo comma<sup>129</sup>, 629, secondo

---

<sup>124</sup> d.l. 13 maggio 1991, n. 152: «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa». Convertito poi in l. 12 luglio 1991, n.203.

<sup>125</sup> Art.416bis c.p.: «Associazioni di tipo mafioso»

<sup>126</sup> Art.630 c.p.: «Sequestro di persona a scopo di estorsione»

<sup>127</sup> Art.74 DPR 309/1990: «Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanza stupefacenti o psicotrope»

<sup>128</sup> Art.575 c.p.: «Omicidio»

<sup>129</sup> Ai sensi dell'art.628 comma 3 c.p. «La pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 2.000 a euro 4.000:

1) se la violenza o minaccia è commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite;

comma<sup>130</sup>, del codice penale e all'articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma secondo<sup>131</sup>, del predetto testo unico, approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990”, la concessione dei benefici era subordinata alla mancanza di “elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»”.

La differenza tra i due diversi oneri probatori risiedeva nel fatto che, per i reati ostativi rientranti nella prima fascia, gli elementi tali da far escludere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva dovevano essere acquisiti; mentre, per i reati ostativi rientrati nella seconda fascia, al fine della concessione dei benefici penitenziari si dava rilievo alla semplice ed oggettiva mancanza di presupposti, senza bisogno quindi della rispettiva acquisizione.

Una delle modifiche più significative dell'articolo vi fu con il decreto legge 306 del 1992, convertito in legge 356 del 1992, che introdusse nell'art.4-bis l'esplicito riferimento all'art.58-ter ord.penet.<sup>132</sup>, ossia, la collaborazione con la giustizia per la concessione dei benefici penitenziari ai condannati per uno dei reati della c.d. 'prima fascia'.

---

2) se la violenza consiste nel porre taluno in stato d'incapacità di volere o di agire;  
3) se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'articolo 416 bis;”

<sup>130</sup> Ai sensi dell'art.629 c.p. “Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa da euro 1.000 a euro 4.000. La pena è della reclusione da sette a venti anni e della multa da euro 5.000 a euro 15.000, se concorre taluna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.”

<sup>131</sup> Ai sensi dell'art.80 comma 2 del DPR 309/1990 “Se il fatto riguarda quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope, le pene sono aumentate dalla metà a due terzi; la pena è di trenta anni di reclusione quando i fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 73 riguardano quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope e ricorre l'aggravante di cui alla lettera e) del comma 1.”

<sup>132</sup> Ai sensi dell'art.58 ter ord.penet. “I limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'articolo 21, del comma 4 dell'articolo 30 ter e del comma 2 dell'articolo 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

Le condotte indicate nel comma 1 sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.”

Le ulteriori modifiche hanno, cronologicamente, previsto l'inserimento all'interno dell'art.4-bis ord. penit., dei commi 2-bis, 1-bis, l'incremento dei reati rientranti nei reati ostativi c.d. di 'seconda fascia', l'eliminazione di talune aporie tecniche, l'introduzione dei delitti previsti all'interno dell'art.12 comma quinto<sup>133</sup> del testo unico sull'immigrazione, a seguito della legge c.d. spazzacorrotti l'introduzione nel comma 1 dei reati previsti dagli artt. 314, comma 1<sup>134</sup>, 317<sup>135</sup>, 318<sup>136</sup>, 319<sup>137</sup>, 319-bis<sup>138</sup>, 319-ter<sup>139</sup>, 319-quater, comma 1<sup>140</sup>, 320<sup>141</sup>, 321<sup>142</sup>, 322<sup>143</sup>, 322-bis<sup>144</sup> del codice penale ed infine nel 2019 l'introduzione nei commi 1-quater ed 1-quinquies del reato previsto dall'art. 583-quinquies del codice penale<sup>145</sup>.

L'attuale testo dell'art.4-bis prevede nel comma primo i 'reati di prima fascia', per i quali la concessione dei benefici penitenziari risulta essere possibile solo se vi sia una collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art.58-ter.

La previsione disposta al comma primo, ovvero, la collaborazione con la giustizia, è stata molto criticata in quanto non assolve prettamente a fini rieducativi ma a fini collaborativi, quasi presumendo l'assenza della rieducazione in mancanza della

---

<sup>133</sup> Ai sensi dell'art.12 comma 5 D.lgs. n. 286/1998 "Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà."

<sup>134</sup> Ai sensi dell'art.314 comma 1 c.p. "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità<sup>(2)</sup> di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi."

<sup>135</sup> Art.317 c.p.: "Concussione".

<sup>136</sup> Art.318 c.p.: "Corruzione per l'esercizio della funzione".

<sup>137</sup> Art.319 c.p.: "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio".

<sup>138</sup> Art.319bis c.p.: "Circostanze aggravanti".

<sup>139</sup> Art.319ter c.p.: "Corruzione in atti giudiziari".

<sup>140</sup> Ai sensi dell'art.319quater comma 1 "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi."

<sup>141</sup> Art.320 c.p.: "Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio".

<sup>142</sup> Art.321 c.p.: "Pene per il corruttore".

<sup>143</sup> Art. 322 c.p.: "Istigazione alla corruzione".

<sup>144</sup> Art. 322 bis c.p.: "Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri".

<sup>145</sup> Art.583quinquies c.p.: "Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso".

collaborazione richiesta e andando contro il disposto previsto dall'art.27 della Costituzione.

La Corte Costituzionale, nella sentenza 306 del 1993, ha ritenuto legittima la previsione della collaborazione dall'art.58-ter, affermando che la scelta di privare taluni detenuti dei benefici penitenziari rientrerebbe nell'ottica della polifunzionalità della pena<sup>146</sup>.

Non si avrebbe, secondo il Giudice delle leggi, una preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari, ma la possibilità di accesso sarebbe rimessa alla scelta individuale del detenuto, scegliendo se collaborare o meno con la giustizia.

La ratio del primo comma dell'art.4-bis ord.penit., consiste nel premiare il detenuto per la collaborazione fornita tramite la concessione dei benefici premiali penitenziari.

L'art. 58-ter ord. penit. prevede due distinte ipotesi di collaborazione da parte del detenuto: il primo tipo di collaborazione fa riferimento al soggetto che efficacemente si adopera affinché la condotta criminosa non sia portata avanti ed a stadi ulteriormente gravi, mentre, la seconda condotta fa riferimento a colui il quale collabora con la polizia o l'autorità giudiziaria aiutando la ricostruzione dei fatti o l'individuazione dei criminali<sup>147</sup>.

Il secondo comma dell'art.58-ter prevede, in seguito, che la collaborazione prestata ai sensi del comma precedente sarà accertata dal tribunale di sorveglianza sentito il pubblico ministero e acquisendo dallo stesso informazioni presso il giudice competente riguardo i fatti reato per i quali il detenuto ha collaborato<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Nella medesima sentenza viene inoltre stabilito che "La persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata è, in effetti, un indice di pericolosità sociale che può ragionevolmente autorizzare la revoca della misura alternativa in quanto è addebitabile al condannato e testimonia un'effettiva carenza del processo di risocializzazione."

<sup>147</sup> Ai sensi dell'art.58ter comma 1 o.p. "I limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'articolo 21, del comma 4 dell'articolo 30 ter e del comma 2 dell'articolo 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati."

<sup>148</sup> Ai sensi dell'art.58ter comma 2 o.p. "Le condotte indicate nel comma 1 sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione."

Un'ulteriore problematica che si pone, è se la collaborazione con la giustizia, così come prevista dal comma 1 dell'art.4-bis leda il diritto al silenzio, diritto cardine del processo di cognizione; non sarebbe da escludere l'assenza di qualsivoglia lesione, inteso che il diritto in questione atterrebbe alla fase prettamente cognitiva e non già alla fase esecutiva, contesto cui opera l'art.4-bis.

Il successivo comma 1-bis<sup>149</sup> prevede, per i detenuti condannati a taluno dei reati previsti al precedente comma, la possibilità di accesso ai benefici penitenziari «“purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»”<sup>150</sup> ma solo nel caso in cui il condannato abbia partecipato marginalmente all'attività criminosa da non poter collaborare con la giustizia, o quando, l'avvenuta collaborazione risulti comunque essere irrilevante.

Si comprende, dunque, come la collaborazione con la giustizia sia comunque rilevante e posta in primo piano in quanto, alla luce del comma appena descritto, la concessione dei benefici penitenziari è sempre subordinata all'impossibilità di collaborare, impossibilità che deve derivare da una scarsa partecipazione ai fatti criminosi o che, se effettuata, risulti essere irrilevante ma che mai possa derivare da una libera decisione del reo di voler restare in silenzio.

Al comma 1-ter si colloca la c.d. 'seconda fascia' dei reati ostativi, ossia, reati per i quali la concessione dei benefici penitenziari è prevista solo se «“non vi siano elementi

---

<sup>149</sup> Ai sensi dell'art.4bis comma 1-bis o.p. “ I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale.”

<sup>150</sup> Detti elementi possono consistere nel controllare se l'associazione criminosa sia ancora operante nel territorio, o ancora, nel vigilare se vi siano contatti tra l'associazione e la famiglia del reo tenendo particolarmente in considerazione la disponibilità economica della famiglia stessa, monitorando i diversi acquisti e le diverse spese.

tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»<sup>151</sup>.

Al comma 1-quater<sup>152</sup> sono invece inseriti reati prettamente sessuali, reati per i quali la concessione dei benefici penitenziari è subordinata «“ai risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell’articolo 80 della presente legge»”.

Al comma 1-quinquies è stabilito, invece, che per i reati rientrati negli artt. «“583 quinquies<sup>153</sup>, 600 bis<sup>154</sup>, 600 ter<sup>155</sup>, anche se relativo al materiale pornografico di cui all’articolo 600 quater<sup>156</sup>, 600 quinquies<sup>157</sup>, 609 quater<sup>158</sup>, 609 quinquies<sup>159</sup> e 609 undecies<sup>160</sup> del codice penale, nonché agli articoli 609 bis<sup>161</sup> e 609 octies<sup>162</sup> del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato di

---

<sup>151</sup> Ai sensi dell’art.4bis comma 1-ter o.p. “I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600 bis, secondo e terzo comma, 600 ter, terzo comma, 600 quinquies, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all’articolo 291-ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all’articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell’articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, all’articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all’articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609 bis, 609 quater e 609 octies del codice penale e dall’articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.”

<sup>152</sup> Ai sensi dell’art.4bis comma 1-quater o.p. “I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 583 quinquies, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quinquies, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 609 undecies del codice penale solo sulla base dei risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell’articolo 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall’articolo 609 bis del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata.”

<sup>153</sup> Ibidem nota n.138.

<sup>154</sup> Art.600bis c.p.: “Prostituzione minorile”.

<sup>155</sup> Art.600ter c.p.: “Pornografia minorile”.

<sup>156</sup> Art.600quater c.p.: “Detenzione di materiale pornografico”.

<sup>157</sup> Art.600quinquies c.p.: “Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile”.

<sup>158</sup> Art.609 quarter c.p.: “Atti sessuali con minorenni”.

<sup>159</sup> Art.609quinquies c.p.: “Corruzione di minorenni”.

<sup>160</sup> Art.609undecies c.p.: “Adescamento di minorenni”.

<sup>161</sup> Art.609bis c.p.: “Violenza sessuale”.

<sup>162</sup> Art.609octies c.p.: “Violenza sessuale di gruppo”.

sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13 bis della presente legge»”.

I successivi commi dell'art.4-bis descrivono, invece, il procedimento del magistrato e del tribunale di sorveglianza in caso di avvenuta o mancata concessione dei benefici penitenziari richiesti.

Infine l'ultimo comma 3-bis prevede che «“L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3»” affidando, dunque, al procuratore nazionale o distrettuale antimafia il compito di individuare i detenuti di tal tipo e far loro applicare il regime differenziato; sarà inoltre la comunicazione del procuratore antimafia ad essere ostativa riguardo la concessione dei benefici penitenziari, qualora vi siano ancora elementi tali da far sussistere i collegamenti con l'associazione criminale.

Dall'analisi contenutistica effettuata sull'articolo in questione, si comprende come la portata della norma sia variegata e come l'intenzione primaria del legislatore fosse quella di scindere il trattamento penitenziario in riferimento ai reati commessi, introducendo un aspetto del tutto nuovo, ovvero, la collaborazione con la giustizia per i reati della c.d. 'prima fascia'.

Sicuramente la norma si caratterizza per una spiccata finalità preventiva ma ci si chiede se il comma primo sia o meno in contrasto con l'art.27 cost., presumendo in modo quasi assoluto che la mancata collaborazione implichi anche la mancata adesione ai

percorsi rieducativi<sup>163</sup>; tale questione sarà poi affrontata dalla corte di legittimità nel caso del condannato Marcello Viola<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Le perplessità riguardo la problematica in questione sono nate dal fatto che la legge non tiene in considerazione le diverse cause ostative che possono indurre il soggetto a non collaborare, non mettendo in discussione quindi la tesi secondo cui la mancata collaborazione sarebbe direttamente associabile al mancato ravvedimento ed al mancato completamento dell'obiettivo rieducativo richiesto.

<sup>164</sup> Per approfondimenti circa l'ostatività dell'art.4-bis o.p. e la relativa compatibilità con i principi sanciti dalla Costituzione, consultare capitolo due, par.2.3.

## **4.2 La sospensione delle regole ordinarie del trattamento penitenziario: l'applicazione dell'art.41-bis o.p.**

L'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario concede la facoltà, al Ministro di grazia e giustizia, di sospendere le ordinarie regole del trattamento penitenziario al fine di applicare un regime più rigido qualora sussistano motivi che possano mettere a repentaglio l'ordine e la sicurezza e comunque per isolare detenuti condannati per taluno dei reati in materia di criminalità organizzata qualora vi sia la possibilità che siano ancora presenti con l'associazione criminale.

Cronologicamente parlando, l'art.41-bis, fu introdotto dalla legge Gozzini 663 del 1986 anche se inizialmente il contenuto dell'articolo risultava essere molto scarno, concedendo solo la facoltà al Ministro di grazia e giustizia di applicare un regime detentivo più rigido e rigoroso rispetto al normale trattamento penitenziario nei casi eccezionali in cui si sarebbero dovuti ripristinare l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto, e che l'applicazione del regime differenziato potesse essere prorogata fino al raggiungimento di tale obiettivo<sup>165</sup>.

Con il decreto legge n.306 del 1992, poi convertito in legge in legge n.356 del 1992, successivamente alla strage di Capaci, venne introdotto all'art.41-bis ord. penit. il comma secondo, che fece assumere all'articolo in questione una portata del tutto nuova rispetto alla precedente<sup>166</sup>.

L'introduzione del secondo comma segna un punto di svolta, in quanto, prevede e concede la facoltà di sospensione dell'ordinario trattamento penitenziario agli autori dei reati di cui al primo comma dell'art.4-bis ord.penit.

---

<sup>165</sup> L'art.41bis così come disposto originariamente dalla c.d. legge Gozzini recitava che "In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto".

<sup>166</sup> L'art.19 del d.l. n.306/1992 poi convertito in l. n.356/1992 inserisce all'art.41bis ord.penit. il comma secondo che "Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4-bis, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza".

Il regime detentivo differenziato previsto dall'art.41-bis , sarà allora applicabile, ai membri delle associazioni criminali per scongiurare il rischio che gli stessi possano creare delle micro-associazioni di stampo mafioso all'interno dell'istituto e , soprattutto, comunicare con l'esterno e quindi mettere a repentaglio l'ordine e la sicurezza interni al carcere ma anche esterni<sup>167</sup>.

La maggiore problematica risiedeva in un possibile contrasto tra la misura prevista dall'art.41-bis e un'ipotetica lesione dei diritti del detenuto, infatti, fu proprio la Corte EDU ad affermare che l'applicazione del regime di massima sorveglianza in assenza di effettive e comprovate esigenze, sarebbe stato illegittimo<sup>168</sup>.

La Corte costituzionale, in diverse sentenze, ha individuato dei limiti interni ed esterni riferiti all'applicazione di tale regime, i primi in riferimento al fatto che il disposto dell'art.41-bis non possa prevedere l'adozione di misure che non siano strettamente finalizzate al mantenimento dell'ordine e della sicurezza mentre i secondi in riferimento al fatto che il regime di massima sorveglianza non possa incidere “sulla qualità e quantità della pena” o “sul grado di libertà personale del detenuto”<sup>169</sup>.

Inizialmente era prevista un'applicazione provvisoria del regime previsto dall'art.41-bis al fine di neutralizzare i pericoli scaturenti dalle associazioni di stampo mafioso, ma, con la legge n. 279 del 2002 vi fu la stabilizzazione della norma e nel 2009 il

---

<sup>167</sup> Corte Cost. Sent. n.186/2018 secondo cui “La giurisprudenza di questa Corte ha da tempo chiarito che il regime differenziato previsto dall'art. 41-bis, comma 2, ordin. penit. mira a contenere la pericolosità di singoli detenuti, proiettata anche all'esterno del carcere, in particolare impedendo i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà: collegamenti che potrebbero realizzarsi attraverso i contatti con il mondo esterno che lo stesso ordinamento penitenziario normalmente favorisce, quali strumenti di reinserimento sociale”; Corte Cost. sent. n.376/1997.

<sup>168</sup> Corte Cost. Sent. n.351/1996 in cui si afferma che “mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale” e ancora che “se è vero [...] che va combattuto in ogni modo il manifestarsi all'interno del carcere di forme di “potere” dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare le organizzazioni criminali, è anche vero che ciò deve perseguirsi attraverso la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario [...]. Non potrebbe, per converso, considerarsi legittimo, a questo scopo, l'impiego di misure più restrittive nei confronti di singoli detenuti in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti”.

<sup>169</sup> Corte cost., 28 luglio 1993, n.349.

parlamento delineò il contenuto della norma attualmente vigente nell'ordinamento penitenziario.

La legge n. 294 del 2009 ha apportato all'articolo in questione diverse ed ulteriori modifiche, determinanti una maggiore rigidità e rigidezza del regime differenziato previsto, nonché un più ampio ventaglio di presupposti applicativi.

Attualmente la norma prevede al primo comma la possibilità, data al Ministro di grazia e giustizia, di sospendere le comuni regole del trattamento penitenziario per applicare il regime descritto ai seguenti commi del medesimo articolo<sup>170</sup>.

Il secondo comma fa invece riferimento ai soggetti destinatari dell'applicazione del regime differenziato, ossia i «detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva», il regime di sorveglianza previsto dall'articolo alla necessità di impedimento di eventuali collegamenti con la criminalità stessa<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Ai sensi dell'art.41bis comma 1 o.p. "In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro della giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto."

<sup>171</sup> Ai sensi dell'art.41bis comma 2 o.p. "Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4 bis o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4 bis."

Si comprende, dunque, come in riferimento ai soggetti destinatari dell'applicazione del regime in questione vi sia una stretta ed inscindibile correlazione con l'art.4-bis e con i reati ostativi descritti al primo comma del medesimo articolo<sup>172</sup>.

Il comma 2-bis<sup>173</sup> descrive invece il procedimento di attuazione, prevedendo che lo stesso regime sia applicato mediante adozione con decreto motivato del Ministro della giustizia sentito il Ministro dell'interno ed il pubblico ministero, il quale acquisirà le dovute informazioni presso la Direzione nazionale antimafia; ed inoltre, tale comma, descrive la durata del regime in questione, il quale, deve essere pari a quattro anni e può essere prorogato con il limite che ciascuna proroga non possa superare i due anni.

Vengono descritte dal comma 2-bis le condizioni della proroga del regime, ossia, «“quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto»” aggiungendo inoltre che «“Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa»”.

---

<sup>172</sup> Lo stretto ed inscindibile collegamento che intercorre tra gli artt.4bis e 41bis o.p. fa sì che la prova dell'avvenuto distacco dalla società criminale rientri sempre nella collaborazione prevista dall'art.58ter o.p.

<sup>173</sup> Ai sensi dell'art.41bis comma 2-bis o.p. “Il provvedimento emesso ai sensi del comma 2 è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze. Il provvedimento medesimo ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni. La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa.”

Quest'ultima parte del comma 2-bis ha delle importantissime implicazioni: innanzitutto afferma una presunzione quasi assoluta, consistente nel fatto che il decorso del tempo non è di per se elemento necessario e sufficiente a determinare l'allontanamento del detenuto dall'associazione criminale e, inoltre, prevede un'istruttoria abbastanza ardua e di difficile dimostrazione<sup>174</sup>.

È richiesto, infatti, di provare che l'associazione mafiosa non operi più sul territorio interessato, che sia mutato o venuto meno il ruolo del detenuto all'interno dell'associazione criminale e che la stessa abbia perso la sua potenza organizzativa; dovranno anche essere effettuate delle indagini sul tenore di vita dei familiari, parenti ed affini per dimostrare che dal punto di vista patrimoniale non vi siano più collegamenti con la criminalità organizzata.

Il comma 2-quater descrive, invece, in cosa consiste l'applicazione del regime di massima sorveglianza e come si differenzia dall'ordinario trattamento penitenziario<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> La Corte Costituzionale, con la sentenza n.417/2004, ha dato un'interpretazione costituzionalmente orientata del comma in questione affermando che il provvedimento di proroga debba contenere "una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire" ed inoltre che non possano essere ammesse "motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte."

<sup>175</sup> Ai sensi dell'art.41bis comma 2 -quater o.p. " I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede:

- a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate;
- b) la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque video-registrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari;
- c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno;
- d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati;

Innanzitutto, si prevede che i condannati sottoposti a tale regime dovrebbero preferibilmente essere detenuti in aree insulari, oppure, in aree del carcere isolate rispetto a quelle comuni, in cui si svolge la vita quotidiana della restante parte dei detenuti<sup>176</sup>.

È prevista, inoltre, una limitazione dei colloqui e delle chiamate (entrambi sottoposti a registrazione) nei confronti dei conviventi e familiari: più precisamente, è possibile ricevere una visita al mese, e, solo nel caso in cui questa non sia avvenuta e previa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, potrà essere concessa una telefonata mensile di durata massima di dieci minuti; tale limitazione non si applica nei confronti dei colloqui e delle telefonate con il difensore, i quali, possono avvenire tre volte alla settimana con durata pari a quella prevista per i familiari ed i conviventi.

Riguardo quest'ultimo punto, ossia, il numero di colloqui che possono aversi con il proprio difensore, la Corte Costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità dell'art.41-bis co.2-quater lett.b limitatamente alle parole "con i quali potrà effettuarsi, fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari"<sup>177</sup>, in quanto lesivo del diritto di difesa sancito dall'art.24 della Costituzione<sup>178</sup>.

---

e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia;

f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi.

La Corte Cost. con sentenza n.186/2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della lettera del comma 2-quater dell'art.41bis o.p. limitatamente alle parole "cuocere cibi".

<sup>176</sup> Le aree separate dal resto dell'istituto penitenziario in cui saranno detenuti i soggetti sottoposti al regime del 41bis saranno custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria ai sensi dell'art.1 del d.m. 19 febbraio 1999 come ad esempio il Gruppo Operativo Mobile della Polizia penitenziaria sotto la dirigenza del Direttore Generale dell'Amministrazione penitenziaria.

<sup>177</sup> Corte Cost. sent. n.143/2013

<sup>178</sup> Ai sensi dell'art.24 Cost. "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari."

Le limitazioni riguardano anche il numero di oggetti e di somme ricevibili in carcere dall'esterno, l'esclusione dalle rappresentanze dei cittadini del carcere, il controllo della corrispondenza ricevuta ed inoltre un limite circa il quantum di tempo trascorribile all'aria aperta con un gruppo di detenuti non superiori a quattro per un massimo di due ore giornaliere.

Dalle limitazioni appena descritte si comprende, dunque, come il regime di massima sorveglianza si caratterizzi come una sorta di isolamento volto ad emarginare i soggetti ritenuti pericolosi, il cui pericolo si potrebbe concretizzare sia in una ricostruzione del gruppo criminale all'interno del carcere sia dando ordini verso l'esterno.

Il comma 2-quinquies prevede la possibilità, per il detenuto cui è disposta la proroga del regime differenziato, di proporre reclamo nel termine di venti giorni la cui competenza spetta al tribunale di sorveglianza di Roma, il quale, ai sensi del comma successivo decide in camera di consiglio entro dieci giorni<sup>179</sup>.

Contro la decisione sarà possibile proporre ricorso per cassazione: se vi sarà l'accoglimento del reclamo, il Ministro della giustizia, nel caso in cui intenderà disporre un provvedimento ai sensi del comma 2, dovrà menzionare elementi nuovi non contenuti all'interno del precedente reclamo.

La ratio del regime previsto dall'art.41-bis consiste nel fatto che per molti detenuti appartenenti ad associazioni mafiose, il carcere non rappresenta un mezzo di interruzione dall'aver rapporti con la criminalità organizzata, ma, al contrario, la prosecuzione di tali rapporti e della commissione dei più disparati crimini.

Dall'interrogatorio reso a Giovanni Falcone da Tommaso Buscetta, ex membro dell'associazione mafiosa di Cosa Nostra e collaboratore di giustizia, emerge chiaramente che all'interno del carcere permangono i collegamenti criminali verso l'esterno, infatti, è lo stesso Buscetta ad affermare che "L'arresto di un uomo d'onore e la sua detenzione non produce in alcun modo, la cessazione dell'appartenenza alla

---

<sup>179</sup> Ai sensi dell'art.41bis comma 2-quinquies o.p. "Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il procedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza di Roma. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento."

famiglia e all'organizzazione mafiosa in genere. Ovviamente vengono mantenuti i rapporti con l'esterno attraverso miriadi di canali, ma vi è un fatto da puntualizzare. Quando avviene arrestato un capo, la direzione della famiglia viene assunta dal suo vice che, poi, gli renderà conto del proprio operato al momento della dimissione dal carcere. Intendo dire che il capo, quando è in carcere, non può più impartire ordini perentori, ma fa prevenire all'esterno i suoi punti di vista e i suoi desideri, che vengono valutati dal vice il quale, sulla base della valutazione della situazione, deciderà se attuare o meno gli inviti del capo. Quindi il solo fatto di non aver posto in esecuzione la richiesta di commissione di un determinato crimine non costituisce alcuna mancanza ove il vice dimostri che la situazione contingente ne sconsigliava l'attuazione. Rappresento altresì che all'interno delle carceri, e, in particolare all'Ucciardone, l'effettivo isolamento dei detenuti è praticamente inesistente e si ha sempre modo di mantenere contatti coi detenuti non isolati e, attraverso essi, col mondo esterno"<sup>180</sup>.

Appare, dunque, essere necessaria l'applicazione di un regime più rigoroso e restrittivo nell'ottica della funzione di prevenzione generale cui la pena dovrebbe assolvere.

Il condannato detenuto ai sensi dell'art.41-bis sarà posto allora davanti ad un'ardua decisione consistente nel se collaborare con la giustizia ai sensi dell'art.58-ter ricevendo la concessione dei benefici penitenziari, ovvero restare in silenzio ma vedersi preclusi i benefici ai quali poteva accedere mediante una scelta diversa.

In toto, i modi di agire, possono essere differenziati in tre tipi: il primo modus operandi fa riferimento al detenuto non collaboratore che rimane 'fedele' al sodalizio criminale, il secondo riguarda chi invece decide di collaborare con la giustizia ed infine il terzo è rivolto a chi decide di non collaborare non perché permangono i collegamenti con l'associazione criminale, ma, al contrario, per iniziare un proprio e personale trattamento rieducativo magari temendo per le sorti proprie e dei propri cari.

Questo ultimo modo di agire viene collegato alla presunzione di permanenza di contatti e collegamenti con l'associazione mafiosa, quando, in realtà, tali contatti non sussistono.

---

<sup>180</sup> Interrogatorio reso da Tommaso Buscetta al giudice Falcone il 6 agosto 1984: v. L.: *Non è la piovra. Dodici tesi sulle mafie italiane.*, Torin, 1994, p. 140.

Appare, allora, fondato il quesito se, anche in tal caso, sia corretto mantenere la preclusione di accesso ai benefici penitenziari, accesso riservato ai soli collaboratori ed è pertanto su tale domanda che si incentrerà l'intero caso rimesso alla Corte edu riguardante il condannato Marcello Viola.

A seguito di questa trattazione appare indubbio che un regime di sorveglianza speciale sia necessario a prevenire ed eliminare talune circostanze criminose, ma, in diversi casi le caratteristiche insite nel regime previsto dall'art.41-bis sono state messe in discussione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla compatibilità tra queste e la salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>181</sup>.

Il punto focale di tali problematiche appare essere il riuscire a trovare un punto di equilibrio tra la protezione della collettività sociale e dello Stato, che deve sempre tutelare la propria integrità dalle associazioni mafiose, ed il detenuto in quanto uomo e quindi portatore di diritti inviolabili che non possono essere lesi o accantonati da qualsiasi tipo di trattamento penitenziario.

---

<sup>181</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art.41 ord.penit.*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 1-484.

## **5. La legge 27 maggio 1998, n.165: una maggiore sensibilità verso le esigenze del reo**

Tendenza opposta alla legge n.356 del 1992 si ha con la legge 27 maggio 1998 n.165<sup>182</sup>, c.d. legge Simeone-Saraceni, attraverso la quale viene dimostrata una maggiore sensibilità riguardo le esigenze del reo ed il principio rieducativo della pena.

La legge n.165 del 1998 ha contribuito ad introdurre un regime di accesso 'semplificato' alle misure alternative alla detenzione per coloro i quali debbano espiare delle pene detentive brevi, riformulando l'assetto dell'art.656 c.p.p.

Il comma quinto dell'art.656 c.p.p., grazie alla modifica apportata dalla legge Simeone-Saraceni, prevede l'onere in capo al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni e costituente anche residuo di maggior pena, notificando l'ordine di sospensione al condannato ed al suo difensore affinché, nel termine di trenta giorni, presentino istanza alla segreteria della procura competente chiedendo di poter continuare l'espiazione della pena in un regime diverso da quello detentivo mediante l'accesso a taluna delle misure alternative; è tuttavia previsto che nel caso in cui, nel termine di trenta giorni dalla notifica dell'ordine di sospensione, non sia presentata la relativa istanza, l'espiazione della pena continuerà ad essere effettuata all'interno del regime inframurario<sup>183</sup>.

La relativa procedura è applicabile soltanto all'irrogazione di pene derivanti da sentenza di condanna e non, ad esempio, da pene eventualmente derivate dalla conversione delle stesse in semidetenzione e libertà controllata, in relazione alle quali la sospensione dell'ordine di esecuzione opera automaticamente.

La possibilità di concedere la sospensione dell'ordine di esecuzione è soltanto unica rispetto a una determinata pronuncia di condanna, infatti, il pubblico ministero non

---

<sup>182</sup> Legge 27 maggio 1998 n.165 "*Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n.354, e successive modificazioni.*"

<sup>183</sup> Ai sensi dell'art.656 commi 1 e 2 c.p.p. "Quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione con il quale, se il condannato non è detenuto, ne dispone la carcerazione. Copia dell'ordine è consegnata all'interessato. Se il condannato è già detenuto, l'ordine di esecuzione è comunicato al Ministro di grazia e giustizia e notificato all'interessato."

potrà reiterare la sospensione, neanche nel caso in cui la presentazione della precedente istanza sia ritenuta inammissibile o rigettata.

La Corte di cassazione si è più volte pronunciata sul punto, sancendo che la previsione dell'unica possibilità di sospensione si applichi anche nel caso in cui in capo al condannato sia pronunciato un decreto di cumulo poiché lo stesso si caratterizza per essere assimilato ad un'unica condanna nonostante comporti l'esecuzione di diversi titoli esecutivi<sup>184</sup>; nonostante ciò, la medesima Corte, ha affermato che la sospensione possa essere reiterata nel caso in cui, precedentemente, la stessa, fu disposta in assenza di pronuncia del tribunale di sorveglianza<sup>185</sup>.

Con riguardo alla sospensione dell'ordine di esecuzione acquisisce una preminente importanza l'obbligo di traduzione nei confronti del condannato alloggista.

La Suprema Corte ha recentemente stabilito che nel caso di mancata traduzione dell'ordine di sospensione ne deriverà, conseguentemente, la nullità dell'ordine di esecuzione; tale nullità non inficerà, però, la legittimità della carcerazione, implicando quindi che il condannato, seppur in carcere, avrà diritto ad una successiva notifica dell'ordine di esecuzione<sup>186</sup>.

Appare, invece, diverso, il caso di mancata traduzione dell'ordine con sospensione: infatti, risulta essere necessario che il condannato comprenda in modo certo e sicuro i meccanismi per l'accesso ai benefici penitenziari, essendo dichiarata, in tal caso, la nullità dell'atto<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup>Cass., Sez. I, 19 marzo 2015 n.17045, in C.E.D. Cass., n.263380.

Conforme, Cass., Sez. VI, 3 aprile 2003, n.24245, *ivi*, n.225577; Cass., Sez. I, 11 luglio 2006, n.29087, *ivi*, n.235417; *contra*, Cass., Sez. I, 2 luglio 2003, n.271, *ivi*, n.227640

<sup>185</sup> Cass., Sez. I, 2 luglio 2003, n.271, in C.E.D. Cass., n.227640.

<sup>186</sup> Cass., Sez. I, 10 maggio 2018, n.20768.

L'art.94 disp. att. c.p.p. commi 1-bis, 1-ter e 3 prevede che nel momento in cui il detenuto accede all'interno dell'istituto penitenziario, l'amministrazione carceraria inserisca nel fascicolo di quest'ultimo il relativo titolo provvedendone alla traduzione.

<sup>187</sup> Cass., Sez. I, 23 febbraio 2018, n.20782, in C.E.D. Cass., n.272835: "Va incidentalmente rilevato che diverso esito s'imporrebbe nell'ipotesi viceversa regolata dall'art.656, comma 5, c.p.p.; qui, a fronte di pena residua espianata contenuta entro i limiti stabiliti, l'ordine di esecuzione (assieme al decreto di sospensione che in tal caso vi accede) si attegga ad autonomo presupposto di specifici diritti e facoltà in capo al condannato, da esercitarsi prima della materiale carcerazione (mediante la presentazione, dalla libertà, dalle istanze di misura alternativa), in grado di essere irrimediabilmente pregiudicati dai vizi dell'ordina stesso, anche ad esso immanenti; vizi che dunque si ripercuoterebbero sulla regolarità dell'espiazione che fosse ciò nonostante intrapresa."

Deve porsi particolare attenzione anche alla notifica dell'atto, essendo il termine per la presentazione dell'istanza molto breve.

È previsto che, nel caso in cui manchi la nomina del difensore nella fase esecutiva, l'ordine di sospensione debba essere notificato al difensore preposto alla fase di cognizione, e, qualora questi siano due, vada notificato ad entrambi<sup>188</sup>.

Un'eccezione nei confronti della reiterazione della notifica dell'ordine di sospensione è prevista dall'art.656 co.8-bis c.p.p., il quale, dispone che «“Quando è provato o appare probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso di cui al comma 5, il pubblico ministero può assumere, anche presso il difensore, le opportune informazioni, all'esito delle quali può disporre la rinnovazione della notifica!»”.

Tale eccezione non si applica, invece, in caso di irreperibilità del soggetto<sup>189</sup>, in quanto, ai fini della dichiarazione di irreperibilità fungono da presupposto ricerche complete su tutto il territorio nazionale<sup>190</sup>.

Nel momento in cui il condannato e il suo difensore abbiano correttamente ricevuto la notifica dell'ordine di sospensione, potranno, nel termine di trenta giorni, presentare la relativa istanza alla procura competente e trasmessa, successivamente, dal pubblico ministero al tribunale di sorveglianza.

Nel caso in cui l'istanza sia presentata al di fuori del termine previsto, il pubblico ministero avrà l'onere di revocare l'ordine di sospensione e far eseguire la condanna in regime detentivo.

Il comma nono dell'articolo in questione prevede poi quelle che sono le cause ostative all'applicazione dell'art. 656 co.5 c.p.p.<sup>191</sup>, scindibili in una prima causa in riferimento

---

<sup>188</sup> Cass., Sez. I, 21 febbraio 2017, n.39894.

<sup>189</sup> Cass., Sez. I, 30 novembre 2017, n.1779, in C.E.D. Cass., n.272054.

<sup>190</sup> Cass., Sez. I, 5 luglio 2005, n.2721.

<sup>191</sup> Ai sensi dell'art.656 comma 5 c.p.p. “Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47 ter, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l'esecuzione. L'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato e al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase di giudizio,

alla tipologia dei reati commessi ed in una seconda causa riferibile a colui il quale si trova in regime di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diventerà definitiva.

Il decimo comma dell'art.656 c.p.p. prevede, infine, che il disposto del quinto comma si applichi anche al condannato che si trovi agli arresti domiciliari e che il tempo trascorso fino alla decisione del tribunale di sorveglianza si considera come espiazione della pena.

Il regime di sospensione previsto dall'art.656 co.5 c.p.p. è stato recentemente oggetto della sentenza n.41 del 2018<sup>192</sup>, a cui si è già fatto cenno.

Attraverso la sentenza in questione, la Corte costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma quinto dell'art.656 c.p.p. nella parte in cui prevede la possibilità di sospensione della pena detentiva, anche costituente residuo di maggior pena, pari a tre anni anziché a quattro.

La Corte Costituzionale è intervenuta dichiarando l'illegittimità di tale disposto in riferimento all'affidamento in prova c.d. allargato, introdotto dal comma 3-bis dell'art.47 ord. penit. della legge 21 febbraio 2014, n.10, approvata alla luce della problematica del sovraffollamento carcerario evidenziato dalla sentenza Torregiani.

Attraverso tale legge è stato, infatti, previsto che l'affidamento in prova ai servizi sociali possa essere concesso altresì al detenuto che debba espiaire una pena, anche costituente residuo di maggior pena, pari e non superiore a quattro anni, purché, nell'anno precedente abbia assunto un comportamento tale da permettere le valutazioni richieste dal comma secondo del medesimo articolo ai fini della concessione della misura.

---

con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione di cui agli articoli 47, 47 ter e 50, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e di cui all'articolo 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 90 dello stesso testo unico. L'avviso informa altresì che, ove non sia presentata l'istanza o la stessa sia inammissibile ai sensi degli articoli 90 e seguenti del citato testo unico l'esecuzione della pena avrà corso immediato<sup>(4)</sup>.”

<sup>192</sup> Corte cost., 2 marzo 2018, n.41.

Attraverso la sentenza n.41 del 2018 si è voluto, quindi, riequilibrare la disparità di trattamento tra il regime previsto dall'art. 656 co.5 c.p.p. e l'art.47 co.3-bis ord. penit<sup>193</sup>; infatti si trattava in modo diverso due situazioni essenzialmente analoghe, in violazione del principio di eguaglianza disposto dall'art.3 cost.

Alla luce di tale sentenza è possibile, quindi, affermare che vi è stato un innalzamento del limite massimo per la concessione dell'ordine di sospensione, ordine riservato non solo a coloro i quali devono espiare una pena, anche residuale, non superiore a tre anni ma anche a coloro per i quali la pena detentiva prevista sia pari e non superiore a quattro anni; e conseguentemente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, anche il limite previsto dal decimo comma dell'art.656, oggi, si adegua al nuovo disposto previsto dalla sentenza del 2018.

Anche la sentenza n.41 del 2018, può ritenersi una pronuncia che attua il principio del *favor rei* e che comunque rappresenta un ulteriore passo in avanti nei confronti delle esigenze del detenuto e del principio di rieducazione.

La legge Simeone-Saraceni ha, inoltre, apportato delle modifiche letterali agli articoli riguardanti l'applicazione delle misure alternative dell'affidamento in prova ai servizi sociali e della semilibertà; inoltre, in riferimento alla detenzione domiciliare, ha introdotto nell'alveo dei soggetti destinatari, la "donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente".

Nel quadro delle leggi che hanno dimostrato una rivoluzionaria visione del reo e del trattamento riservato ai detenuti si può annoverare anche la legge c.d. Finocchiaro, ossia, la legge n. 40 del 2001<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Ai sensi dell'art.47 comma 3-bis o.p. "L'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2."

<sup>194</sup> Legge 8 marzo 2001, n.40 "Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori."

Tale legge, inserisce, innanzitutto nella legge sull'ordinamento penitenziario l'art.47-quinquies, introducendo il regime di detenzione domiciliare speciale<sup>195</sup> e l'art.21-bis, il quale, invece, dispone il regime dell'assistenza all'esterno dei figli minori<sup>196</sup>.

Il regime della detenzione domiciliare speciale attua il disposto previsto dall'art.31 Cost., (protezione della famiglia e della maternità), prevedendo la possibilità per le detenute madri di prole di età non superiore agli anni Dieci, anche condannate all'espiazione di una pena detentiva lunga, di provvedere alla cura ed alla crescita della prole in un luogo diverso dal carcere, sempre che sussistano determinati requisiti disposti dall'articolo medesimo.

Attraverso l'assistenza all'esterno dei figli minori, invece, si prevede che le madri di prole di età non superiore ad anni Dieci, possano prendersi cura della propria prole mediante l'applicazione delle disposizioni inerenti al lavoro all'esterno e che tale beneficio si applichi anche al padre, nel caso in cui la madre sia impossibilitata o deceduta, e comunque se la prole non possa essere affidata ad altri soggetti se non al padre.

---

<sup>195</sup> Ai sensi dell'art.47quinquies commi 1, 1-bis e 2 “ Quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47 ter, le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, possono essere ammesse ad espiazione la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo, secondo le modalità di cui al comma 1-bis<sup>(1)</sup>. Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4 bis, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiazione la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiaata nelle case famiglia protette, ove istituite.

Per la condannata nei cui confronti è disposta la detenzione domiciliare speciale, nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica della condannata che si trovi in detenzione domiciliare speciale.”

<sup>196</sup> Ai sensi dell'art.21bis o.p. “Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21.

Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili.

La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre.”

Dalla legge c.d. Finocchiaro si comprende, ulteriormente, l'importanza che il detenuto ed i diritti ad esso correlati stiano man mano assumendo, rafforzando la prospettiva intrapresa dalla legge n. 354 del 1975 di andare contro la concezione passata del trattamento penitenziario e del detenuto, visto come soggetto da isolare ed i cui diritti non godevano di alcuna tutela.

## CAPITOLO II

### **Il sistema sanzionatorio nell'ordinamento italiano e alla luce delle prospettive sovranazionali: la tutela della persona del reo**

#### **1. La CEDU: il trattamento penitenziario alla luce dei principi sovranazionali**

Il trattamento penitenziario del detenuto è un tema di ampia discussione e dibattuto non solo all'interno dell'ordinamento italiano, ma anche all'interno di quello sovranazionale.

Anche le istituzioni sovranazionali si preoccupano di superare il *modus operandi* del passato, il quale, è bene ribadirlo, vedeva nel reo una soggetto da emarginare ed il cui recupero era ritenuto pressoché impossibile; al contrario, le istituzioni suddette, hanno progressivamente posto al centro del dibattito del trattamento penitenziario la figura del detenuto, non come esecutore di un reato, ma come uomo titolare di diritti che non possono essere arginati o violati dai diversi trattamenti penitenziari.

È bene dire che a livello sovranazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, ha assunto un ruolo preminente nello scenario di tutela dei diritti dell'uomo, sia esso libero o meno, essendo state numerose le sentenze della Corte edu contro lo stato italiano per aver violato, nell'ambito del trattamento penitenziario, i diritti garantiti dalla relativa Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte edu è un organo giurisdizionale fondato nel 1959 da parte della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Detta Convenzione, è stata firmata a Roma nel 1950 ed è stata adottata ed istituita da parte del Consiglio d'Europa, in quanto, inizialmente, firmatari risultarono essere i tredici membri del Consiglio.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo si compone di cinquantanove articoli, si divide in tre titoli (il primo relativo ai diritti ed alle libertà, il

secondo relativo alla Corte edu ed il terzo relativo a varie disposizioni) ed è stata integrata successivamente da quattordici protocolli aggiuntivi.

Come detto precedentemente la Corte edu è un organo giurisdizionale previsto dalla stessa Convenzione, la quale, infatti, dispone all'art.19 che "Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata «la Corte». Essa funziona in modo permanente".

La Corte edu viene quindi istituita al fine di vegliare sul rispetto dei diritti sanciti dalla Convenzione, trattasi di diritti inalienabili, immodificabili e spettanti all'uomo in quanto tale e la cui lesione, da parte dello stato, costituirebbe un gravissimo crimine.

È bene precisare che la Corte edu, con sede a Strasburgo, non fa parte dell'Unione Europea e non è un organo ad essa corrispondente; inoltre, deve assolutamente essere distinta dalla Corte di giustizia dell'unione europea, avente sede a Lussemburgo, la quale, svolge funzioni ed ha competenze molto diverse, risiedenti nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario previsto all'interno dei diversi trattati istitutivi dell'Unione.

L'Italia è stata uno dei primi stati firmatari della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed è opportuno ricordare che sono due le norme della Costituzione italiana che obbligano il nostro stato al rispetto dei vincoli nazionali e sovranazionali.

L'art. 10 co.1 cost. sancisce gli obblighi cui lo Stato italiano deve aderire in ambito internazionale, affermando che "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute"<sup>197</sup>.

L'art. 117 co.1 cost. viene interpretata quale norma di apertura dell'ordinamento italiano rispetto agli obblighi derivanti dall'adesione alla

---

<sup>197</sup>Art.10 Cost.:" L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Convenzione, tramite il disposto secondo il quale il legislatore debba aderire ai vincoli discendenti “dagli obblighi internazionali”.

Le norme della Convenzione assumeranno pertanto il ruolo di norme interposte tra la legge ordinaria e la costituzione, avendo maggiore resistenza rispetto alle prime ma non potendo comunque travalicare le norme costituzionali, costituenti dei veri e propri limiti.

Le norme cedu avranno pertanto una duplice funzione, costituendo il vaglio di legittimità costituzionale e di interpretazione delle norme interne.

Le sentenze c.d. “gemelle” del 2007 sanciscono che la norma interna debba essere interpretata alla luce delle norme cedu e che qualora tale interpretazione appaia essere impossibile, il giudice non debba disapplicare la norma interna ma sollevare la questione di legittimità costituzionale alla Corte per verificare se vi sia una violazione o meno delle norme cedu<sup>198</sup>.

La Corte edu, innanzitutto, ai sensi degli artt.33 e 34, ha competenza a conoscere i ricorsi individuali ma anche statali che abbiano ad oggetto la violazione da parte del diritto domestico di una o più disposizioni contenute all'interno della Convenzione<sup>199</sup>.

L'accesso alla Corte edu si presenta, tuttavia, come sussidiario in quanto esperibile solo dopo che siano esauriti tutte le possibilità di ricorso interne; il ricorso può essere presentato tanto dal singolo individuo, tanto da uno Stato membro.

Qualora il ricorso venga dichiarato ammissibile, sarà sottoposto al vaglio di una Camera ed al termine di tale vaglio, se non sarà raggiunto un accordo amichevole, la Corte edu potrà anche decidere di emanare una sentenza

---

<sup>198</sup> Corte Cost. sent. 348 e 349/2007.

<sup>199</sup> Art.33 cedu :” Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente.

Art.34 cedu : “La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto.”

motivata che accerti il danno sofferto, sancendo conseguentemente, ai sensi dell'art.41<sup>200</sup>, un'adeguata ed equa riparazione<sup>201</sup>.

Il ricorrente deve, ovviamente, dimostrare di aver effettivamente subito un danno da parte dello Stato in violazione delle norme cedu; inoltre, la corte, ha elaborato la teoria c.d. vittima indiretta, prevedendo che la violazione della normativa cedu, possa essere sollevata non solo da colui il quale abbia subito direttamente il danno, ma anche dai soggetti a lui vicini, soggetti che dunque presentino uno stretto legame con la vittima.

Il ricorso individuale deve essere presentato dinnanzi la Corte edu entro sei mesi dalla sentenza definitiva pronunciata dallo stato interessato e deve contenere in modo dettagliato le specifiche doglianze e i diritti cedu violati dallo Stato.

La Convenzione, ai sensi dell'art. 44, disciplina i casi in cui le sentenze della Corte debbano esser ritenute definitive<sup>202</sup>.

Nel caso in cui venga pronunciata una sentenza di condanna, questa sarà vincolante per lo Stato interessato e conterrà delle misure generali e, in caso di necessità, anche misure individuali; sarà pertanto il comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a vagliare circa la corretta esecuzione delle sentenze da parte dello Stato, garantendo anche ai ricorrenti le somme loro spettanti per il danno subito<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Art.41 cedu :” Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa.”

<sup>201</sup> Il riconoscimento di un’equa ed adeguata soddisfazione non spetta automaticamente, ma, in presenza di determinati requisiti: innanzitutto l’incapacità dello stato a soddisfare il danno subito e quindi a rimuovere il danno creato dalla violazione della normativa cedu ed in secondo luogo valutando le diverse peculiarità del caso *ad hoc*.

<sup>202</sup> Art. 44 cedu :” La sentenza della Grande Camera è definitiva.

La sentenza di una Camera diviene definitiva quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell’articolo 43. La sentenza definitiva è pubblicata.”

<sup>203</sup> Art.46 cedu :” Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.

La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l’esecuzione. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell’esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a

Fondamentale importanza è da conferire anche alle sentenze c.d. “pilota”, ossia, delle tipologie particolari di sentenze che la Corte edu può emanare non solo per accertare la violazione della normativa contenuta nella Convenzione, ma soprattutto per conferire allo Stato interessato delle linee guida idonee da adottare al fine di rimuovere la possibilità che dette violazioni si ripresentino in futuro.

La Corte edu può inoltre svolgere una funzione consultiva potendo emettere pareri sull’interpretazione della Convenzione stessa e delle norme che la compongono, ma anche sui protocolli aggiuntivi.

La Corte edu si compone di tanti membri quanti solo gli Stati che abbiano aderito alla Convenzione, numero che attualmente risiede in quarantasette membri eletti da parte dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa.

Con l’introduzione del quattordicesimo protocollo viene istituita, tramite l’art. 27 cedu, la figura del giudice unico allo scopo di snellire le procedure di ricezione dei ricorsi; infatti, il giudice sarà competente a dichiarare il ricorso inammissibile ovvero a cancellarlo dal ruolo della Corte nel caso in cui si tratterà di un ricorso individuale, essendo pertanto tale decisione definitiva<sup>204</sup>.

---

maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato.

Se il Comitato dei Ministri ritiene che un’Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell’adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1.

Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l’esame.”

<sup>204</sup> Art.27 cedu :”Un giudice unico può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo della Corte un ricorso individuale presentato ai sensi dell’articolo 34 quando tale decisione può essere adottata senza ulteriori accertamenti.

La decisione è definitiva.

Se non dichiara il ricorso irricevibile o non lo cancella dal ruolo, il giudice unico lo trasmette a un comitato o a una Camera per l’ulteriore esame.”

Sottoscrivendo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, gli Stati si sono impegnati a far rispettare all'interno della propria nazione i diritti inderogabili ed inalienabili dell'uomo in quanto tale.

Ovviamente, l'adesione alla Convenzione, e quindi ai diritti da essa sanciti ed in essa contenuti, ha avuto un grande impatto anche in relazione al trattamento penitenziario che non può in alcun modo discostarsi dalle garanzie presenti all'interno della Convenzione.

Sono diversi gli articoli della Convenzione, i quali, sia dallo Stato Italiano che da ogni altro Stato firmatario, devono essere rispettati e dunque non violati dal trattamento penitenziario<sup>205</sup>.

Sono stati numerosi, infatti, i ricorsi proposti alla Corte edu, da soggetti detenuti in Italia, per la violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione.

È opportuno, inoltre, parlando del trattamento penitenziario alla luce della prospettiva cedu e delle prospettive sovranazionali, far riferimento alle regole penitenziarie europee (EPR) aggiornate all'anno 2020.

Il Comitato dei Ministri ha infatti, tramite le regole penitenziarie europee, raccomandato ai governi degli Stati membri di adottare e garantire i diritti ed i trattamenti penitenziari in esse contenuti.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha aggiornato le regole penitenziarie europee del 2006.

Nonostante il precedente documento fosse abbastanza completo, in vista dell'inerzia di molti Stati nell'applicazione delle regole sul trattamento penitenziario<sup>206</sup> e con l'avvento del COVID-19, si sono aperti dibattiti sul sistema igienico-sanitario all'interno del carcere per il contenimento del virus ed è parsa, quindi, opportuna una nuova stesura delle EPR.

Le regole penitenziarie europee sono state redatte con lo scopo di "abbracciare le esigenze e le aspirazioni delle amministrazioni

---

<sup>205</sup> Basti pensare agli artt. 2 cedu, "diritto alla vita"; art.3, "proibizione della tortura"; art.4, "proibizione della schiavitù e del lavoro forzato"; art.6, "diritto a un equo processo"; art.8, "diritto al rispetto della vita privata e familiare"; art.9, "libertà di pensiero, di coscienza e di religione"; art.10, "libertà di espressione"; art.14, "divieto di discriminazione."

<sup>206</sup> Sul punto si confronti il lavoro svolto dall'Osservatorio penitenziario europeo, M. Crétenot, Dalle prassi nazionali alle linee guida europee: iniziative interessanti nella gestione penitenziaria, Antigone Edizioni, 2013, p. 8.

penitenziarie, dei detenuti e del personale penitenziario in un approccio coerente alla gestione e al trattamento che sia positivo, realistico e contemporaneo”<sup>207</sup>.

In base a quanto detto nella Risoluzione n. 4 della 26<sup>a</sup> Conferenza dei Ministri della Giustizia europei<sup>208</sup>, le EPR si concludevano invitando le istituzioni competenti ad aggiornare la normativa in conformità ai cambiamenti sociali, igienico-sanitari ed anche criminali della società.

La prima sezione, non mutando dalla precedente, è dedicata ai principi generali ed ai diritti spettanti ai detenuti, richiamando, la terza regola, il rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità delle restrizioni nei confronti dei diversi detenuti.

Dalla decima alla tredicesima regola, si fa riferimento invece a colui il quale debba essere considerato “detenuto” ai fini dell’applicazione delle regole penitenziarie europee.

La prima sezione delle raccomandazioni termina, infine, con una regola di primaria importanza, in relazione al dodicesimo protocollo allegato alla cedu, ossia, che non possono essere effettuate discriminazioni all’interno degli istituti penitenziari, rispettando, dunque, il principio di eguaglianza tra gli individui.

La seconda sezione è quella più corposa e contiene le maggiori novità in tema di regole europee penitenziarie.

In particolar modo, dalla regola 14 alla regola 16 sono disposte le modalità secondo le quali deve avvenire l’ingresso in carcere; specificatamente, alla regola 15.1 sono state ex novo aggiunte le lettere g) ed h), prevedendo la prima lettera che debba essere registrato il numero della persona alla quale far riferimento e quindi chiamare in caso di decesso, malattie e lesioni gravi del detenuto; la lettera h), invece, dispone che debbano essere tenuti i dati

---

<sup>207</sup> European Committee on crime problems (CDPC), Council for Penological Co-operation (PC-CP), Revised commentary to Recommendation CM/REC (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European prison rules, 2018, p.4.

<sup>208</sup> Il lavoro del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, Ufficio Studi Ricerche Legislazione e Rapporti Internazionali, Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, Ministero della Giustizia, in Rassegna Penitenziaria, 2007, p. 146.

della prole del detenuto in modo da assicurare un efficiente collegamento con la famiglia.

Anche la regola 16 è di nuova formulazione e fa riferimento alle attività da svolgersi all'interno del carcere.

Tale regola prevede anche che i dati del detenuto, custoditi dall'amministrazione penitenziaria, debbano essere più specifici riguardante il punto di vista sanitario ed essere aggiornati in riferimento all'andamento del processo, alla relativa condotta del reo, all'uso, se necessario, di strumenti di moderazione e di trasferimento in un altro istituto penitenziario<sup>209</sup>.

Si ritiene, infatti, di primaria importanza, selezionare un carcere idoneo in relazione al luogo in cui dimora la famiglia del detenuto al fine di mantenere e perseguire i rapporti familiari.

Con l'avvento, nel 2020, della diffusione del virus COVID-19, sarebbe stata necessaria anche una nuova formulazione della regola 18, rispetto alla precedente formulazione avutasi nel 2006, tuttavia, il Comitato dei Ministri rimane silente in materia<sup>210</sup>.

Con la nuova regola 34.1, gli Stati vengono sensibilizzati sul tema dell'uguaglianza di genere, invitando gli stessi ad adottare misure igienico-sanitarie specifiche che tengano conto dei bisogni delle detenute donne.

Questa regola appare essere di grande importanza, soprattutto considerando che la maggior parte delle donne detenute vivono la detenzione con vittimismo e passività<sup>211</sup>.

Per quanto riguarda i detenuti stranieri, le nuove regole 37.1 e 37.2, tengono in considerazione e sottolineano la condizione di disagio cui i detenuti

---

<sup>209</sup> Regola 16 A.2 lettere a. e ss

<sup>210</sup> La regola 18 stabilisce semplicemente che i legislatori nazionali dovrebbero adottare norme volte alla riduzione della problematica del sovraffollamento carcerario, ma, nella nuova formulazione delle regole penitenziarie europee, la regola in questione sembra essere silente in relazione alla nuova questione igienico-sanitaria della diffusione del virus. Il silenzio del Comitato, riguarda tanto la prevenzione del contagio tra i detenuti ed il personale dell'istituto penitenziario, ma anche la prevenzione circa la possibilità che si possa abusare delle richieste di scarcerazione basate su tali motivazioni.

<sup>211</sup> G. FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, in *antigone.it*, 2017.

stranieri sono sottoposti essendo lontani dalle proprie famiglie ed invitano gli Stati ad adottare delle misure ad hoc per ciascun caso.

Si prevede, quindi, che ai detenuti stranieri debba essere assicurato sempre il contatto con i propri familiari, mettendosi in contatto con le autorità diplomatiche.

Attraverso la regola 37.8 si dispone, inoltre, che anche ai detenuti stranieri debba essere concessa la possibilità di vedersi applicata la liberazione anticipata.

Di scarsa portata, risultano le disposizioni in tema di trattamento penitenziario dei condannati minorenni, considerando che non vi è attualmente una disciplina ad hoc; è necessario rammentare che l'ordinamento italiano, per oltre quattro decenni, risultava essere carente in relazione a tale tematica, essendo stati necessari diversi e rilevanti interventi della Consulta, volti a dare un'adeguata e costituzionalmente orientata interpretazione della legge sull'ordinamento penitenziario in tema del trattamento penitenziario dei detenuti infra-diciottenni e dei loro bisogni e diritti<sup>212</sup>.

Nella terza parte, ed in particolare, dalla regola 39 alla regola 48.2, viene trattato il tema della sanità penitenziaria, tema per la maggior parte delegato alle Amministrazioni nazionali.

In tale materia, lo Stato italiano ha ampliato le competenze dell'ASL, pretendendo puntigliosi controlli della salute dei detenuti all'ingresso e durante la permanenza in carcere e disponendo, se necessario, il trasferimento del detenuto in un ospedale specializzato, soprattutto in caso di detenuti affetti da disturbi psichiatrici.

---

<sup>212</sup> In tal senso, è opportuno ricordare la nota "sentenza monito", Corte cost., 25 marzo 1992, n. 125, con la quale veniva severamente denunciato che la parificazione dei due ordinamenti penitenziari – rispettivamente quello dei minorenni e quello degli adulti – non consentisse di perseguire le finalità di rieducazione, di recupero e di tutela effettivi del giovane che l'art. 31 c.2 Cost. (letto in combinato disposto con l'art. 27 c. 3), imporrebbe. A tale prima pronuncia, ha fatto seguito una corposa produzione giurisprudenziale da parte del Giudice delle leggi, che, sulla base delle medesime motivazioni, ha condotto alla censura di alcune disposizioni contenute nella l. 354/75, ritenute inapplicabili all'esecuzione del condannato minorenne al momento del reato; in questo senso v. Corte cost. 9 aprile 1997, n. 109; Corte cost. 10 dicembre 1997 n. 403; Corte cost. 16 dicembre 1998, n. 450; Corte cost. 22 novembre 1999, n. 436; più di recente, Corte Cost. 22 febbraio 2017, n. 90, tutte in giurcost.it

La Parte IV è, invece, dedicata al rispetto dell'ordine e della sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario

Emblematica, innanzitutto, appare essere la regola 49, la quale, dispone che ogni attività posta in essere dal personale dell'istituto non deve violare la dignità del detenuto; e ciò implica che, anche qualora l'atteggiamento del detenuto possa risultare "grave", l'utilizzo della forza del personale del carcere deve costituire l'*extrema ratio*<sup>213</sup>.

È previsto che le misure da adottare in caso di pericolosità del detenuto debbano comunque essere necessarie e mantenute in vigore solo quando ciò appaia prettamente essenziale.

Tali misure appaiono, inoltre, essere eccezionali, adottabili cioè quando siano già state poste in essere misure meno invasive ma le stesse non abbiano raggiunto i risultati sperati<sup>214</sup>.

Le regole 53.5 e 53.6 dispongono che, la decisione circa la misura da approvare dovrà essere disposta dall'autorità competente e che contro il relativo provvedimento potrà essere proposto reclamo da parte del detenuto. Ai sensi della regola 53.8, tali misure debbono essere comunque proporzionali alla pericolosità del detenuto, con l'obbligo di revoca se il reo cessa di essere considerato pericoloso.

La regola 53A prevede, inoltre, la possibilità di distanziare ed isolare i detenuti pericolosi dalla restante parte degli ospiti del carcere; tale distanziamento, ovviamente, dovrà essere effettuato tenendo comunque conto dei diritti della persona, diritti che mai ed in nessun caso possono essere violati.

Tuttavia, la regola 60.6, dispone che il confinamento del detenuto non possa in alcun caso avvenire nei confronti di donne in gravidanza, in fase di allattamento, con giovane prole a carico e comunque nei confronti dei detenuti minorenni.

Il contenimento è proibito anche, ai sensi delle regole 68.6 e 68.7, nei confronti di donne in travaglio o immediatamente dopo il parto.

---

<sup>213</sup> Allegato alla Raccomandazione R(2006)2, cit., pp. 104-105.

<sup>214</sup> R. ZUNINO, *41-bis: perquisizioni, isolamento disciplinare e regime di sorveglianza particolare*, in *Giurisprudenza penale*, 8 gennaio 2020, pp. 10-12.

Gli strumenti di contenimento potranno essere utilizzati solo se necessari ma devono comunque rispettare il principio di minima offensività e proporzionalità<sup>215</sup>; è comunque proibito l'uso di strumenti degradanti e lesivi della dignità umana.

La parte quinta si conclude con disposizioni nuove inerenti alla tematica dei reclami proposti dai detenuti, disciplinando che gli stessi debbano essere trattati in modo celere e che debba comunque essere garantito il contraddittorio tra le parti interessate.

Ovviamente si sottolinea che costituisce una grave violazione punire il detenuto a seguito del reclamo proposto.

La regola 70.13 prevede poi che debba essere tenuto un registro contenente, nel rispetto del principio di riservatezza, le diverse istanze proposte dal detenuto.

La regola 83, poi, si incentra sul tema dell'organizzazione e gestione degli istituti penitenziari: anche in questo caso, tuttavia, la regola si presenta molto scarna, ma invita gli Stati a modificare le proprie leggi nazionali per meglio adattarsi soprattutto a situazioni emergenziali seppur temporanee.

Dall'analisi svolta, nonostante le modifiche delle regole penitenziarie europee non siano state profondamente incisive, si evince in modo chiaro come anche e soprattutto a livello sovranazionale appare centrale la figura del detenuto non in quanto tale ma in quanto uomo, portatore di esigenze e diritti che devono essere rispettati dai trattamenti penitenziari dei diversi Stati.

---

<sup>215</sup> vedi nota n.205.

## 1.1 Art.2 CEDU : diritto alla vita

All'interno della prospettiva sovranazionale, sono diversi gli articoli correlati alla protezione dell'individuo ed al trattamento penitenziario "umanitario".

Bisogna, innanzitutto, far riferimento ai diversi articoli previsti e sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e specificamente all'art.2, volto a disciplinare la tutela del bene della vita, bene irrinunciabile ed attribuibile ad ogni individuo in quanto tale.

È compito della legge provvedere alla tutela del diritto alla vita e mai quest'ultimo dovrebbe poter essere compromesso da una scelta arbitraria.

L'art.2 CEDU disciplina che "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resi assolutamente necessario:

- (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;
- (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;
- (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione."

L'articolo in questione non ammette alcuna deroga, tranne che si faccia riferimento all'art.15 della medesima convenzione<sup>216</sup>.

---

<sup>216</sup> Ai sensi dell'art.15 Cedu "1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

L'art.2 CEDU prevede, innanzitutto, due obblighi consistenti nel proteggere il diritto alla vita di ciascun individuo tramite la legge e di proibire ogni privazione arbitraria o intenzionale di tale diritto; successivamente è disposto, al secondo comma, un obbligo procedurale relativo all' eseguire un' analisi effettiva del caso concreto.

L'articolo 2 deve essere letto ed interpretato alla luce di altri due articoli fondamentali: l'articolo 1 del sesto Protocollo addizionale<sup>217</sup> alla CEDU, il quale disciplina espressamente il divieto di ricorrere alla pena di morte in circostanze e periodi di pace, e, successivamente, l'art.1 del Protocollo addizionale n.13, articolo che estende il precedente obbligo anche in circostanze e tempi di guerra<sup>218</sup>.

Si può inoltre agevolmente comprendere come la firma, da parte degli stati membri, dei protocolli appena citati, abbia l'effetto di disincentivare la reintroduzione nei diversi ordinamenti statali della pena di morte<sup>219</sup>.

Nel nostro ordinamento, in modo dettagliato, il divieto di reintroduzione della pena di morte è espressamente statuito dall'art.27 co.4 Cost. disciplinando "lapidariamente, senza eccezioni di sorta: 'non è ammessa la pena di morte'<sup>220</sup> .

L'art.2 CEDU non prevede espressamente i casi in cui la forza possa essere utilizzata ma, al contrario, disciplina tre circostanze in cui il legittimo uso della forza può involontariamente compromettere il diritto alla vita; l'elenco disposto dal secondo comma del relativo articolo, si caratterizza per essere tassativo e per porre alla base del legittimo uso della forza il requisito della necessità e della proporzionalità.

Il dovere di provvedere alla tutela del diritto alla vita, spetta a ciascun stato membro: ogni Stato, infatti, avrà il dovere di adottare delle leggi idonee a prevenire e minimizzare il rischio di una possibile ed eventuale lesione dello stesso.

---

<sup>217</sup> Il sesto Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo fu approvato dagli stati membri nel 1986.

<sup>218</sup> B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, p. 754 ss., e D.J. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., p. 40.

<sup>219</sup> D.J. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., p.59.

<sup>220</sup> G. MARINUCCI, *La pena di morte*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 3 ss.

Il diritto alla vita, così come tutelato dall'art.2 cedu, si sostanzia e si scandisce in diverse situazioni e contesti che potenzialmente potrebbero minacciare una sua effettiva tutela.

Destinatari del dovere di tutela del diritto alla vita e del legittimo e limitato uso della forza sono sicuramente i membri delle forze dell'ordine, forze agenti in operazioni di "law enforcement".

In tal tema, appare emblematica la sentenza *Giuliani e Gaggio c. Italia*<sup>221</sup>.

Nel caso in questione<sup>222</sup>, la Corte, ha ritenuto legittimo l'uso della forza in quanto il rischio percepito dall'agente delle forze dell'ordine si manifestava come reale ed effettivo; all'interno della sentenza *Evrin Öktem c. Turchia*<sup>223</sup>, al contrario, la Corte ha ritenuto esservi stata una effettiva violazione dell'art.2 in quanto la percezione degli agenti circa la sussistenza del rischio non era ragionevole e fondata<sup>224</sup>.

In capo agli agenti delle forze dell'ordine si sostanzia, inoltre, l'obbligo consistente nel monitorare e pianificare le diverse operazioni in modo tale da minimizzare la percentuale di rischio che venga utilizzata la forza armata, soprattutto in modo letale<sup>225</sup>.

La tutela del diritto sancito dall'art.2 cedu fa sorgere, poi, in capo allo Stato un obbligo di tutela c.d. "rafforzata", che si sostanzia nella particolare protezione di soggetti affidati alla sua custodia<sup>226</sup>; le autorità competenti dovranno in questo caso adottare tutte quelle misure idonee, volte alla prevenzione e riduzione del rischio di compromissione della vita.

---

<sup>221</sup> Corte e.d.u, sent. 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia* (ric. n. 23458/02), in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 1949.

<sup>222</sup> Nel caso ad hoc, Carlo Giuliani è stato ucciso da un agente dei Carabinieri, durante il G8 genovese.

Nel momento del fatto, l'agente, si trovava su una jeep circondata da manifestanti, i quali, tramite l'utilizzo di oggetti di ferro, avevano gravemente percosso e lesionato gli altri agenti militari.

<sup>223</sup> Corte e.d.u, sent. 4 novembre 2008, *Evrin Öktem c. Turchia* (ric. n. 9207/03), in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 334.

<sup>224</sup> Nel caso in questione tre agenti della polizia, in borghese, avevano agito per indurre un gruppo di studenti a calare una bandiera sventolante valori rivoluzionari. Alla reazione degli studenti, i poliziotti, sparavano in aria dei colpi di intimidazione ed avvertimento ma, sfortunatamente, uno di questi colpiva una studentessa provocandone gravi lesioni.

<sup>225</sup> Corte e.d.u, sent. 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito* (ric. 18984/91); sent. 9 ottobre 1997, *Andronicou e Costantinou c. Cipro* (ric. n. 25052/94); sent. 28 luglio 1998, *Ergi c. Turchia* (ric. n. 23818/94).

<sup>226</sup> D.J. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., p. 45 e 46, nonché B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights*, cit., p. 744.

È previsto, inoltre, in capo allo Stato ed alle autorità preposte, un obbligo di tutela della vita qualora la minaccia circa la prosecuzione della stessa sia indirizzata a soggetti determinati.

Tale filone di pensiero si è sviluppato a partire dal caso *Osman c. Regno Unito*<sup>227</sup>.

Emblematico è inoltre il caso *Branko Tomasic e altri c. Croazia*<sup>228</sup>, in cui la Corte ha ritenuto esservi la sussistenza della violazione dell'art.2 cedu per non aver, le autorità croate, predisposto misure idonee e prevenire un omicidio-suicidio, che, nel caso concreto, poteva dirsi paradossalmente già annunciato e quindi prevedibile da parte delle autorità competenti.

Dal caso *Mastromatteo c. Italia*<sup>229</sup>, la Corte, ha elaborato un ulteriore filone di pensiero rispetto al quale lo Stato sarebbe obbligato, ai sensi dell'art.2 cedu, a tutelare non solo una minaccia di lesione del diritto alla vita che sia rivolta ad un soggetto determinato bensì a proteggere anche la generalità dei consociati.

Recentemente, poi, la giurisprudenza di Strasburgo ha previsto una serie di obblighi in capo allo Stato ed alle autorità competenti volte alla tutela non solo del singolo individuo ma anche della generalità dei consociati, qualora la vita sia minacciata da situazioni di pericolo scaturenti tanto dalla condotta umana quanto da fattori naturali.

Tale orientamento è stato inaugurato dalle sentenze *L.B.C. c. Regno Unito*<sup>230</sup> e *Öneryildiz c. Turchia*<sup>231</sup> ma, molte volte, il problema che più frequentemente si presenta è se la fattispecie così come verificatasi nel caso concreto ricada entro i confini di applicabilità dell'art.2 cedu oppure, viceversa, entro quelli dell'art.8 cedu<sup>232</sup>.

Si è stabilito che laddove il pericolo in questione abbia comportato la morte di una o più persone, oppure, abbia messo in reale e specifico pericolo la vita di uno o più soggetti determinati si ricada nell'ambito e nella fattispecie dell'art.2 cedu; nell'ipotesi

---

<sup>227</sup> Corte e.d.u, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito* (ric. n. 23452/94).

<sup>228</sup> Corte e.d.u, sent. 15 gennaio 2009, *Branko Tomasić e altri c. Croazia* (ric. n. 46598/06).

<sup>229</sup> Corte e.d.u, sent. 24 ottobre 2002, *Mastromatteo c. Italia* (ric. n.37703/97).

<sup>230</sup> Corte e.d.u, sent. 9 giugno 1998, *L.B.C. c. Regno Unito* (ric. n. 23413/1994).

<sup>231</sup> Corte e.d.u, sent. 30 novembre 2004, sent. *Öneryildiz c. Turchia* (ric. n. 48939/99).

<sup>232</sup> Ai sensi dell'art.8 cedu “ Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

contraria in cui, al contrario, tali presupposti non si verificano, si farà riferimento all'operatività dell'art.8 cedu.

L'art.2 cedu ha aperto anche le porte per il dibattito inerente alla tematica del “*pro-life*”, secondo cui andrebbe sanzionata e repressa penalmente la condotta di interruzione del sostegno vitale fornito dall'apparecchio medico facendone derivare il decesso del paziente.

La Corte di Strasburgo, nel caso *Widmer c. Svizzera*<sup>233</sup>, non ha tuttavia sostenuto il precedente orientamento affermando che una condotta in tal senso non integrerebbe una violazione dell'art.2cedu; anzi, la Corte ha affrontato la tematica in questione in un'ottica di “*pro-choice*”, secondo cui apparirebbe necessario il consenso dell'interessato e quindi ad essere incriminata sarebbe solo la c.d. “*involuntary euthanasia*”.

Particolare importanza sul tema hanno avuto le diverse pronunce incidentali dei giudici di Strasburgo secondo le quali l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente capace (oppure senza il consenso del legale rappresentante se il paziente in questione è incapace) integrerebbe una condotta di lesione all'integrità fisica dell'individuo e dunque potrebbe richiamare e ricadere nelle fattispecie previste dagli artt. 2 e 3 cedu.

Attraverso dette affermazioni appare dunque che la Corte abbia superato la rigidità avuta nel caso *Pretty c. Regno Unito*<sup>234</sup>, caso in cui si è affermato che la condotta posta in essere non avrebbe in alcun modo integrato la fattispecie prevista dall'articolo suddetto.

Per quanto concerne la conclusione di tale dibattito, pare possa affermarsi che proseguire una terapia volta al sostegno vitale contro la reale, cosciente ed espressa volontà del paziente integri una violazione dell'art.2 cedu, rappresentando detta volontà un limite intrinseco alla tutela e protezione del bene della vita.

Un'ulteriore ed importante tematica in stretta connessione con il disposto dell'articolo qui analizzato riguarda la possibilità di aborto.

---

<sup>233</sup> Corte e.d.u, sent. *Widmer c. Svizzera* (ric. n. 20527/92).

<sup>234</sup> Corte e.d.u, sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito* (ric. n. 2346/02).

La Corte, nel caso *Woman on Waves e altri c. Portogallo*<sup>235</sup>, ha affermato che la libertà di espressione prevista dall'art.10 cedu<sup>236</sup> prevalga sulla necessità di proteggere la vita del feto.

I giudici di Strasburgo nella successiva ed importantissima sentenza *A, B e C c. Irlanda*<sup>237</sup>, in cui dall'avvenimento o meno dell'aborto dipendeva la salute psicofisica delle gestanti, hanno affermato che la tutela della salute e della vita della donna prevalgono sulla morale secondo cui dovrebbero invece tutelarsi le sorti del nascituro. La Corte, attraverso tale sentenza, ha segnato un importante caposaldo risiedente nella teoria secondo la quale le sorti del nascituro non possano compromettere la vita della gestante<sup>238</sup>.

Un'ultima correlazione con il contenuto dell'art.2 cedu si è infine avuta in tema di sciopero della fame dei detenuti nel caso *a Horoz c. Turchia*<sup>239</sup>.

La Corte ha affermato, nei confronti della ricorrente madre di un detenuto deceduto a causa di mancato nutrimento e mancate cure sanitarie, che la decisione del detenuto circa la mancata sottoposizione alle stesse non avrebbe potuto non essere rispettata, ragionando ancora una volta in un'ottica di *pro-choice*.

L'art.2 cedu si può, a seguito della trattazione svolta, affermare che sia un articolo di fondamentale importanza in quanto esplicitamente connesso a tematiche di rilevanza globale essendo la vita un bene ed un diritto attribuito ad ogni individuo e perciò meritevole della più alta tutela.

---

<sup>235</sup> Corte e.d.u, sent. 3 febbraio 2009, *Women on waves e altri c. Portogallo* (ric. n. 31276/05).

<sup>236</sup> Ai sensi dell'art.10 cedu "Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario."

<sup>237</sup> Corte e.d.u, sent. 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda* (ric. n. 25579/05).

<sup>238</sup> A. COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in *diritto penale contemporaneo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 gennaio 2011.

<sup>239</sup> Corte e.d.u, sent. 31 marzo 2009, *Horoz c. Turchia* (ric. n. 1639/03).

## **1.2 Art.3 CEDU: proibizione della tortura e di trattamenti inumani o degradanti**

A seguito della trattazione dell'art.2 CEDU, un'apposita analisi deve essere riservata all'art.3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'articolo in questione postula, innanzitutto, delle garanzie fondamentali in tema di umanitario trattamento dell'individuo e soprattutto del detenuto; il medesimo articolo ha inoltre svolto un ruolo basilare per diverse pronunce della Corte Edu contro l'Italia, riferendoci a casi in cui lo Stato italiano aveva commesso delle gravi violazioni del contenuto e delle garanzie sancite da tale articolo.

L'art.3 CEDU dispone che “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

Il contenuto dell'articolo 3 CEDU non può essere derogato, neanche in considerazione del disposto dell'art.15 CEDU; è previsto, inoltre, che il contenuto e le condotte dell'art.3 non possano essere soggette a deroghe e violazioni anche qualora ci fossero delle esigenze di tutela collettiva<sup>240</sup>.

Il disposto della norma in questione non postula, pertanto, solo un ambito di applicazione verticale ma anche orizzontale; ne deriva perciò che le condotte contrarie all'art.3 CEDU potranno essere attuate non solo dallo Stato e da enti statali ma, in determinati casi, anche da privati.

Gravano su ciascuno Stato obblighi negativi, di astensione dal porre in essere le condotte vietate, ed obblighi positivi di intervento e protezione<sup>241</sup>.

L'importanza delle garanzie in questione si comprende anche dal fatto che il Consiglio d'Europa, tramite l'adozione della Convenzione europea per la

---

<sup>240</sup>Corte e.d.u, sent. 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania (ric. n. 22978/05), in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 1311.

<sup>241</sup> Il principio secondo cui ogni Paese sarebbe titolare anche di obblighi positivi di intervento e protezione è stato, per la prima volta, sancito dalla Commissione nel parere reso l'8 luglio 1993 nel caso Hurtado c. Svizzera (§. 89). Riguardo gli obblighi positive anche A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., pp. 222-228 ed ancora A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford – Portland Oregon, 2004. Rispetto gli obblighi derivanti dall'art.3 cedu anche B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, p. 743 ss.

prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti, ha istituito il Comitato di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti con il compito di minimizzare il rischio che siano poste in essere condotte lesive in tal senso.

L'articolo trattato sicuramente mira a tutelare l'integrità psico-fisica di ciascun individuo ma non tutte le lesioni del bene tutelato ricadono automaticamente nella fattispecie qui trattata.

È stata richiesta, infatti, dalla giurisprudenza, il travalico di un certo limite di gravità affinché la condotta posta in essere possa integrare una lesione dell'art.3 CEDU; a tal proposito si terrà conto di criteri e circostanze oggettive come il lasso di tempo in cui è stata reiterata la condotta lesiva, e circostanze e condizioni soggettive della vittima<sup>242</sup>.

Il principio della soglia minima di gravità appare essere necessario anche per distinguere quando ci si trovi di fronte all'una o all'altra condotta previste dall'articolo in esame; a tal proposito sono previste e vietate le condotte integrabili torture, pene o trattamenti inumani o degradanti, ma, tuttavia, non è sempre ben chiaro qualora si sia in presenza di una di queste condotte anziché dell'altra.

Come distinzione delle diverse condotte delineate dalla dottrina, si è previsto che qualora si tratti di pene o trattamenti degradanti rilevanti sono le componenti emotive come l'umiliazione della vittima; nell'ipotesi di pene o trattamenti inumani vengono in rilievo le sofferenze psico-fisiche subite dalla vittima a seguito di tale condotta, senza, tuttavia, necessariamente richiedere l'intenzione dell'agente presupposta<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights*, cit., p. 746 ss. Nel momento in cui la Corte parla di condizioni soggettive della vittima si terrà conto di caratteri obiettivi quali l'eventuale presenza di disturbi psicofisici, l'età, ecc. Recentemente la stessa Corte, facendo riferimento al limite di gravità che deve essere travalico affinché possa esservi una lesione dell'art.3, ha considerato anche il fatto che la vittima possa appartenere ad un gruppo "svantaggiato e vulnerabile" (sentenza Oršuš e altri c. Croazia del 16 marzo 2010) o la qualifica personale di soggetto richiedente asilo. L. BEDUSCHI, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione Europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 maggio 2011.

<sup>243</sup> J. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit. p. 75.

Per quanto concerne, invece, la tortura, sono quattro gli elementi cardine affinché si possa comprendere se si rientri o meno in tale fattispecie: innanzitutto si terrà conto della gravità del trattamento, della sua gratuità, della sua intenzionalità e dello scopo di estorcere tramite tale condotta informazioni e confessioni<sup>244</sup>.

I criteri ora menzionati non sempre fungono ad un'agevole distinzione delle condotte ed infatti molte volte trattamenti inumani o degradanti vengono confusi tra loro; inoltre, per quanto concerne la tortura, non sempre quest'ultima ha il fine di estorcere confessioni o informazioni e quindi non rispetterebbe uno dei criteri sopra citati per l'identificazione della stessa.

L'analisi dei giudici di Strasburgo, consentirebbe piuttosto di dar rilievo ad un "rapporto di proporzionalità inversa fra la gravità della condotta e lo scopo specifico perseguito dall'agente"<sup>245</sup>.

Solitamente la Corte, nel caso *ad hoc*, non rileva quali di queste tre condotte si sia verificata ma si limita a pronunciare una generica violazione dell'art.3 cedu.

I casi in cui i giudici di Strasburgo hanno affermato vi sia stata una violazione dell'articolo in questione tramite una condotta integrante gli estremi della tortura sono: il caso Akulinin e Babich c. Russia<sup>246</sup>, in cui le vittime sono state ripetutamente percosse per la confessione dell'avvenuto furto d'auto; il caso Paduret c. Moldavia<sup>247</sup>, in cui il ricorrente ha dichiarato di essere maltrattato dagli agenti di polizia subendo svariate sevizie; il caso Aleksandr Sokolov c. Russia<sup>248</sup>, in cui la vittima, detenuta, veniva per giorni picchiata in carcere da funzionari di polizia riportando varie fratture.

Per quanto concerne, invece, la condotta integrante trattamenti inumani o degradanti, emblematica è la sentenza Ashot Harutyunyan c. Armenia<sup>249</sup>.

---

<sup>244</sup> Corte e.d.u, sent. 7 aprile 2015, Cestaro vs. Italy.

<sup>245</sup> A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, pp. 1817-1818.

<sup>246</sup> Corte e.d.u, sent. 2 ottobre 2008, Akulinin e Babich c. Russia (ric. n. 5742/02).

<sup>247</sup> Corte e.d.u, sent. 5 gennaio 2010, Paduret c. Moldavia (ric. n. 33134/03).

<sup>248</sup> Corte e.d.u, sent. 4 novembre 2010, Aleksandr Sokolov c. Russia (ric. n. 20364/05).

<sup>249</sup> Corte e.d.u, sent. 15 giugno 2010, Harutyunyan c. Armenia (ric. n. 34334/04).

Nel caso in questione, il ricorrente lamentava di esser stato detenuto in una gabbia di ferro durante i giudizi di appello ed affermava che ciò era lesivo tanto della sua dignità ma che, soprattutto, tale visione provocava una sofferenza inutile ai propri familiari; la Corte ha pertanto riscontrato una lesione dell'art.3 disponendo che l'utilizzo della gabbia appariva come non proporzionato rispetto ai crimini non violenti commessi dal soggetto in questione.

Negli anni dal 2008 al 2010 ci sono state varie pronunce della Corte in tema di violazioni dell'art.3, violazioni avutesi perlopiù da condotte poste in essere da agenti delle forze dell'ordine.

Nel caso Victor Savitchi c. Moldavia<sup>250</sup>, la violazione dell'articolo in esame si è avuta tramite un comportamento posto in essere nel momento dell'arresto; infatti, il ricorrente veniva fermato, percorso e colpito violentemente da quattro agenti.

Nella sentenza a Rachwalski e Ferenc c. Polonia<sup>251</sup>, la violazione dell'art.3 si è verificata a seguito dell'illegittima forza utilizzata dagli agenti nel corso di una perquisizione a seguito della quale i ricorrenti venivano insultati e percossi gravemente con dei manganelli.

Ancora, nel caso Erdal Aslan c. Turchia<sup>252</sup> la violazione si è avuta tramite tortura; infatti, durante un interrogatorio, il ricorrente è stato picchiato, immerso forzatamente nell'acqua ed impiccato affinché rilasciasse delle informazioni e delle confessioni.

La violazione dell'articolo suddetto non avviene tuttavia solo ed esclusivamente tramite violazioni sostanziali ma anche tramite violazioni procedurali e, quindi, inerenti alla correttezza delle indagini e del processo nonché alla proporzionalità tra la pena ed il reato commesso.

---

<sup>250</sup> Corte e.d.u, sent. 17 giugno 2008, Victor Savitchi c. Moldavia (ric. n. 81/04).

<sup>251</sup> Corte e.d.u, sent. 28 luglio 2009, Rachwalski e Ferenc c. Polonia (ric. n. 47709/99).

<sup>252</sup> Corte e.d.u, sent. 2 dicembre 2008, Erdal Aslan c. Turchia (ric. n. 25060/02; 1705/03).

Grava in capo al legislatore nazionale reprimere le condotte lesive dell'art.3 e salvaguardare il suo contenuto affinché torture e trattamenti inumani o degradanti non siano disposti in capo a nessun individuo.

Il problema si pone laddove nell'ordinamento interno non sia predisposta un'efficiente tutela dell'art.3 e un'adeguata repressione dalle condotte in esso stabilite; il tal caso, infatti, pur reprimendo il giudice nazionale una determinata condotta, non punirà mai in modo proporzionato il reato posto in essere.

Nella sentenza Valeriu e Nicolae Roșca c. Moldavia<sup>253</sup> ha riscontrato una violazione dell'art.3 in ragione del fatto che alcuni agente della polizia, dopo aver effettuato dei maltrattamenti all'interno di un istituto penitenziario, venivano condannati non per tortura ma per abuso di potere.

Così come già precedentemente detto a proposito della tutela del diritto alla vita sancito dall'art.2 CEDU, anche per il successivo articolo è stato ritenuto che la tutela contro la torture e i trattamenti inumani o degradanti possa essere predisposta in capo a soggetti specifici.

In tal contesto significativo è il caso a Z e altri c. Regno Unito<sup>254</sup>, in cui i maltrattamenti venivano eseguiti dai genitori su quattro bambini; e ancora la sentenza Milanović c. Serbia<sup>255</sup> vi erano stati maltrattamenti seguito di una discriminazione e un'intolleranza religiosa.

La violazione dell'articolo 3 può avvenire non solo in modo diretto, e dunque tramite una delle condotte sopra esposte, ma anche in modo indiretto e dunque una data condotta potrà essere imputabile allo stato anche senza che la stessa abbia integrato gli estremi di tortura o trattamento inumano o degradante.

Nel triennio 2008-2010 sono state diverse le pronunce in tal senso e soprattutto inerenti alla tematiche dell'espulsione e dell'extradizione nei confronti di soggetti stranieri.

---

<sup>253</sup> Corte e.d.u, sent. 20 ottobre 2009, Valeriu e Nicolae Roșca c. Moldavia (ric. n. 41704/02).

<sup>254</sup> Corte e.d.u, sent. 10 maggio 2001, Z e altri c. Regno Unito (ric. n. 29392/95).

<sup>255</sup> Corte e.d.u, sent. 14 dicembre 2010, Milanović c. Serbia (ric. n. 44614/07).

Nella sentenza Saadi c. Italia<sup>256</sup> il ricorrente era stato accusato di far parte di un'associazione terroristica ed era stato adottato nei suoi confronti un provvedimento di espulsione; a seguito di tale provvedimento il ricorrente invano continuava a chiedere asilo, sostenendo che nel paese di provenienza sarebbe stato soggetto alle condotte previste dall'art.3.

La Corte ha, in detto caso, affermato che la presunta pericolosità del ricorrente non era in se idonea a giustificare un provvedimento di espulsione in quanto la tutela di tutti gli individui dalle condotte previste dall'art.3 non possono essere oggetto di bilanciamento con nessun altro bene meritevole di tutela, neanche l'incolumità nazionale.

I giudici di Strasburgo hanno poi provveduto all'emanazione di ulteriori sentenze<sup>257</sup> inerenti all'obbligo di *non refoulement*, obbligo che come sappiamo grava in capo a tutti gli stati ed è sancito dall'art.33 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati<sup>258</sup>.

Per quanto concerne, invece, la problematica dell'extradizione bisogna far riferimento alle sentenze Puzan c. Ucraina<sup>259</sup> e Galejev c. Russia<sup>260</sup>, in cui i ricorrenti lamentavano che una loro eventuale estradizione in Bielorussia li avrebbe esposti e fatti diventare vittime delle condotte punite dall'art.3.; parimenti nella sentenza Garajev c. Azerbaijan<sup>261</sup>, il ricorrente lamentava che una sua eventuale estradizione in Uzbekistan lo avrebbe sottoposto a torture.

---

<sup>256</sup>Corte e.d.u, sent. 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia (ric. n. 37201/06).

<sup>257</sup> Si tratta di Abdelhedi c. Italia (ric. n. 2638/07), Ben Salah c. Italia (ric. n. 38128/06), Bouyahia c. Italia (ric. n. 46792/06), C.B.Z. c. Italia (ric. n. 44006/06), Darraji c. Italia (ric. n. 11549/05), Hamraoui c. Italia (ric. n. 16201/07) e Soltana c. Italia (ric. n. 37336/06), tutte del 24 marzo 2008, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 854, e di Sellem c. Italia del 5 maggio 2009 (ric. n. 12584/08).

<sup>258</sup> Ai sensi dell'art.33 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati "Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se non per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese".

<sup>259</sup> Corte e.d.u, sent. 18 febbraio 2010, Puzan c. Ucraina (ric. n. 51243/08).

<sup>260</sup> Corte e.d.u, sent. 3 giugno 2010, Galejev c. Russia (ric. n. 19316/09).

<sup>261</sup> Corte e.d.u, sent. 10 giugno 2010, Garajev c. Azerbaijan.

Merita, infine, attenzione il caso M.B. e altri c. Turchia<sup>262</sup> in cui una famiglia di cittadini iraniani era fuggita in Turchia dopo aver adottato come loro religione il cristianesimo, temendo, appunto, che una loro estradizione in Iran li avrebbe esposti alle condotte vietate dall'art.3.

Bisogna precisare che in capo alla Corte, si è ormai consolidato l'orientamento secondo cui debba essere allegato dai ricorrenti-per quanto concerne l'obbligo di non refolement- non già un rischio generico derivante da turbolenze interne al paese di provenienza, ma un rischio specifico legato proprio ai soggetti determinati in questione. Da quanto analizzato, è, facilmente intuibile, che l'art.3 sia culla delle più alte tutele e garanzie riservate all'individuo in quanto tale e che una sua violazione può essere rilevata in sempre più diversi contesti meritando, a tal proposito, un'autonoma ed isolata trattazione la violazione dell'art.3 a seguito delle condizioni e del regime detentivo dei diversi istituti penitenziari.

---

<sup>262</sup> Corte e.d.u, sent.15 giugno 2010, M.B. e altri c. Turchia (ric. n. 36009/08).

## 1. Problematica del sovraffollamento carcerario in Italia e violazioni dell'art.3 CEDU in seguito al regime detentivo

Il diritto penitenziario è stato, nel corso degli anni, più volte, sottoposto a diverse riforme che hanno apportato importanti modifiche all'originario testo della legge 354/1975; tali riforme, sono state adottate in un'ottica di adeguamento delle stesse alla Carta costituzionale ed alle maggiori Convenzioni ratificate dall'Italia, con l'obiettivo di attuare un ingente depotenziamento dell'espiazione della pena all'interno del regime inframurario<sup>263</sup>.

Tali modifiche sono state apportate perseguendo un più ampio obiettivo di gestione delle carceri, dovuto tanto al progressivo aumento generale della popolazione e conseguentemente all'aumento dei reati posti in essere e perciò delle diverse pene da espiaire.

Con l'espressione "emergenza carceri"- adottata all'incirca nel 2010 relativamente alla legge che ha adottato la misura alternativa di espiazione della pena presso il proprio domicilio<sup>264</sup>- si fa riferimento al fenomeno che ha visto dilagare in modo esponenziale l'aumento della popolazione carceraria.

L'evidenza di tale fenomeno ha interessato non solo lo Stato italiano, ma anche e soprattutto il piano sovranazionale, richiamando l'attenzione del Consiglio di Europa e la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> G. DI GENNARO-M. BONOMO-R. BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, commento alla legge 26 luglio 1976, n. 354 e successive modificazioni*, Giuffrè, Milano, 1984; G. Di Gennaro-R. Breda- G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e Misure alternative alla detenzione, commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, nuova edizione riveduta, Giuffrè, Milano, 1993; L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2016; M. Canepa-A. Marcheselli-S. Merlo, *Lezioni di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2002; F. Della Casa-G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015; P. Corso, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Bologna, 2015; F. SIRACUSANO-F. FIORENTIN, *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 2016; M. CAPPELLETTO- A. LOMBROSO (a cura di) *Carcere e società*, Cedam, Padova, 1976.

<sup>264</sup> S. TURCHETTI, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? Considerazioni a margine della l. 26 novembre 2010, n. 199*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 dicembre 2010.

<sup>265</sup> Nel 2015, la popolazione carceraria di tutta Europa era pari a 1.404.398, quindi 102.880 in meno rispetto al precedente anno, mentre nel 2012 in ventidue paesi europei era presente il fenomeno del sovraffollamento carcerario.

È possibile definire il sovraffollamento carcerario come un fenomeno emergenziale perché comporta inevitabilmente la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, portando, in casi determinati, a prendere decisioni estreme quali quelle autosoppressive.

Il fenomeno in questione, data la sua delicatezza e le conseguenze atroci cui poteva portare, grazie anche alla spinta sovranazionale<sup>266</sup>, è stata posta al centro del dibattito italiano<sup>267</sup> per diversi anni e comunque fino a poter trovare un'adeguata soluzione.

Per far fronte a tale problematica, già con la legge 1 agosto 2003, n.207, il legislatore ha adottato un provvedimento c.d. "indultino" mediante il quale si prevedeva la scarcerazione di soggetti detenuti che erano stati condannati ad una pena detentiva e la stavano già espiando; inoltre, tale legge provvedeva ad evitare la carcerazione di quei soggetti condannati a pena detentiva ma che ancora erano in attesa di esecuzione della stessa<sup>268</sup>.

Con il permanere dell'emergenza, nonostante l'adozione del provvedimento c.d. "indultino", è stata adottata la legge 31 luglio 2006, n. 207, disponendo l'indulto per i reati commessi entro il 2 maggio 2006 ma non per quei reati che, seppur commessi entro il termine previsto, erano qualificati come di particolare gravità ed allarme sociale<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> Si fa qui riferimento al caso Torregiani e altri c. Italia, essendo questa la sentenza adottata dalla Corte EDU successivamente alla sentenza Sulejmanovic c. Italia, come risposta ai numerosi ricorsi presentati da ricorrenti detenuti in Italia che lamentavano, a seguito delle condizioni detentive, una violazione dell'art.3 cedu.

<sup>267</sup> Basti pensare all'intervento del Guardasigilli durante la presentazione della Relazione del Garante dei detenuti al Parlamento nell'anno 2018.

In tale senso, è stato esposto che " L'attuale popolazione carceraria, (...), consta di 58.500 unità circa, distribuita in 190 istituti penitenziari la cui capienza regolamentare complessiva è pari a 50.000 posti, ma parte di tale capienza (3.980 posti) non risulta attualmente disponibile per vari motivi, fra cui principalmente lavori di manutenzione. Continua tuttora a porsi, quindi, il problema della sovrappopolazione."

<sup>268</sup> Per godere del provvedimento c.d. "indultino", nel primo caso, il detenuto doveva aver già scontato metà della pena ed il residuo non doveva superare i due anni di detenzione; mentre, nel secondo caso, la pena inflitta doveva essere inferiore o pari a due anni.

<sup>269</sup> Inizialmente la concessione dell'indulto aveva raggiunto ottimi e soddisfacenti risultati, vedendo, nel 2006, un calo della popolazione carceraria di 38.000 unità.

Purtroppo, già nel 2009, il popolo carcerario era nuovamente aumentato toccando i numeri di 63.000 unità e nel 2010 di 68.000 unità essendo, in quel periodo, la massima capienza degli istituti penitenziari italiani poco più di 44.000 unità.

Visti gli scarsi risultati dopo l'adozione della legge 31 luglio 2006, n.207, ed a seguito del caso Sulejmanovic c. Italia<sup>270</sup>, la Corte europea dei diritti dell'uomo condannava l'Italia per violazione dell'art.3 cedu in quanto, nel caso in questione, la violazione si era manifestata per il ridottissimo spazio personale di cui i detenuti potevano godere all'interno della propria cella.

A seguito del caso suddetto furono posti in essere, da parte del Governo, diversi provvedimenti volti ad aumentare, all'interno degli istituti penitenziari, lo spazio personale riservato a ciascun detenuto, ma anche dopo tali riforme il problema continuò a sussistere.

È solo con la sentenza pilota Torregiani e altri c. Italia che la Corte europea dei diritti dell'uomo imponeva all'Italia l'adozione di strumenti efficaci per fronteggiare questo grave fenomeno.

Da come si può comprendere, dunque, la il sovraffollamento carcerario e di conseguenza la locuzione "svuotacarceri" ha, nel corso degli anni, assunto una sempre più accezione negativa essendo un "cieco 'sversamento' nella società del pericoloso contenuto dei penitenziari"<sup>271</sup>.

L'art. 3 cedu dispone che "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti" ed è proprio in questo contesto che l'espiazione della pena all'interno del regime inframurario può integrare gli estremi di un trattamento inumano e degradante.

È facilmente ipotizzabile, allora, come la detenzione carceraria vissuta in determinate condizioni e circostanze possa comportare una violazione del suddetto articolo e della più alta dignità umana.

In tema di regime detentivo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non prevede norme in tal senso, ma, la valutazione circa un'espiazione della pena

---

<sup>270</sup> Sent. 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia (ric. n. 22635/03).

<sup>271</sup> G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza penale e populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 27 giugno 2014, p. 3.

detentiva in condizioni e circostanze adeguate o meno potrebbe determinarsi prendendo come norma di riferimento l'art.3 della medesima Convenzione.

Da ciò deriverebbe che un'ingiusta detenzione possa comportare una violazione dell'art.3; in particolar modo, affinché possa determinarsi che il detenuto abbia subito un trattamento inumano o degradante, il male subito deve essere superiore ad ogni male naturalmente connaturato ad ogni forma di limitazione della libertà personale.

Le pronunce della Corte, in tal tema, possono essere di due tipi: quelle in cui i giudici di Strasburgo riscontrano una violazione dell'art.3 a seguito di situazioni obiettive come ad esempio il sovraffollamento carcerario; e quelle in cui la suddetta violazione rileva a seguito dell'incompatibilità tra le condizioni generali e comuni di detenzione e le condizioni psicofisiche del detenuto.

Sicuramente la problematica del sovraffollamento carcerario ha portato la Corte EDU all'adozione di significative sentenze, ma, altrettante ne sono state adottate in tema di violazione dell'art.3 cedu a seguito delle condizioni di sanitarie.

Bisogna, innanzitutto, far riferimento alla sentenza *Antropov c. Russia*<sup>272</sup>, in cui il ricorrente lamentava che nel proprio letto fossero continuamente presenti roditori ed insetti; si tengano poi a mente le diverse sentenze<sup>273</sup> nelle quali, invece, i ricorrenti, lamentavano di aver contratto in carcere malattie infettive quali HIV e l'epatite; ed infine, la sentenza a *Kouzmin c. Russia*<sup>274</sup>, in cui la violazione dell'art.3 rilevava a seguito delle condizioni inumane dell'isolamento, quali una cella di ridottissimo spazio senza acqua, areazione e senza penetrazione di luce naturale.

Per quanto concerne le violazioni dell'art.3 cedu a seguito di mancate cure mediche appropriate e tempestive, bisogna tener a mente la sentenza *Xiros c. Grecia*<sup>275</sup>.

Nel caso appena menzionato, i giudici di Strasburgo, hanno precisato che sui diversi stati membri incombe il preciso obbligo di fornire ai detenuti le prestazioni

---

<sup>272</sup> Corte e.d.u, sent. 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia* (ric. n. 22107/03).

<sup>273</sup> Corte e.d.u, sentenze 30 settembre 2010, *Pakhomov c. Russia* (ric. n. 44917/08); 7 dicembre 2010, *Porumb c. Romania* (ric. n. 19832/04); 16 dicembre 2010, *Kozhoar c. Russia* (ric. n. 33099/08).

<sup>274</sup> Corte e.d.u, sent. 18 marzo 2010, *Kouzmin c. Russia* (ric. n. 58939/00).

<sup>275</sup> Corte e.d.u, sent. 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia* (ric. n. 22107/03).

medico/sanitarie necessarie in caso di precarie condizioni di salute; tale obbligo, si sostanzia nel verificare se il soggetto in questione è tale da poter essere sottoposto alla generale e comune detenzione tenendo conto delle sue particolari condizioni, nel prestare allo stesso le cure mediche necessarie e nell'adattare le condizioni detentive al suo stato di salute<sup>276</sup>.

Nel caso *Wenerski c. Polonia*<sup>277</sup>, al ricorrente veniva negato un intervento d'urgenza provocando un tangibile peggioramento delle sue condizioni di salute.

Nella sentenza *V.D. c. Romania*<sup>278</sup>, invece, al detenuto venivano negate delle protesi dentarie delle quali il soggetto necessitava ma non poteva economicamente permettersi.

Nel caso *Raffray Taddei c. Francia*<sup>279</sup>, alla ricorrente, affetta da anoressia, non venivano date le cure necessarie ed in particolare vi era una discordanza tra cure prescritte e quelle che venivano effettivamente prestate.

Non si è riscontrata, a differenza dei casi sopra citati, una violazione dell'art.3 nella sentenza *Dermanovic c. Serbia*<sup>280</sup>.

Nel caso di specie, il ricorrente, affetto da epatite C, lamentava di non esser stato sottoposto alle cure mediche necessarie durante l'espiazione della pena inframuraria; tuttavia la Corte non ha rilevato, in questo caso, una violazione dell'art.3, in quanto, la mancanza di cure necessarie ed il peggioramento delle condizioni di salute era dovuto ad un atteggiamento dello stesso ricorrente, che aveva anche avviato uno sciopero della fame.

---

<sup>276</sup> Nel caso di specie la violazione dell'art.3 si è avuta riguardi ai trattamenti medici cui il detenuto in precarie condizioni di salute era stato sottoposto; infatti, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, affinché le cure possano essere valutate come adeguate non si deve tener conto della clinica in cui la stessa viene effettuata, ma, alla compatibilità tra queste e la dignità umana. Tale principio è stato successivamente sottolineato nelle sentenze *Kozhoar c. Russia*101 e *Gladkiy c. Russia*102, del 2010.

<sup>277</sup> Corte e.d.u, sent. 20 gennaio 2009, *Wenerski c. Polonia* (44369/02).

<sup>278</sup> Corte e.d.u, sent. 16 febbraio 2010, *V.D. c. Romania* (ric. n. 7078/02).

<sup>279</sup> Corte e.d.u, sent. 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei c. Francia* (ric. n. 36435/07).

<sup>280</sup> Corte e.d.u, sent. 23 febbraio 2010, *Dermanovic c. Serbia* (ric. n. 48497/06).

La Corte EDU ha, inoltre, pronunciato sentenze in cui ravvisava una violazione dell'art.3 a seguito delle condizioni inumane e degradanti della detenzione.

Citiamo, in tale senso, il caso in cui il detenuto era stato recluso per tre giorni in una cella senza letti e senza poter bere e mangiare<sup>281</sup>; il caso in cui, a seguito di un improvviso peggioramento delle condizioni di salute, il detenuto era stato portato in ospedale e ammanettato al letto<sup>282</sup>; quello in cui la detenzione si era svolta per più di un anno in una cella di 55 metri quadri con altri 110 detenuti, la maggior parte di essi fumatori, vedeva peggiorate di gran lunga le sue già precarie condizioni di salute a seguito della continua e costante esposizione a fumo passivo<sup>283</sup>; ed il ricorso in cui il soggetto, minore di età, era detenuto in una cella di per adulti<sup>284</sup>.

Nella sentenza *Onoufriou c. Cipro*<sup>285</sup>, la violazione della Convenzione, veniva affermata in relazione al fatto che il ricorrente era stato detenuto per quarantasette giorni in isolamento all'interno di una cella poco più grande di 5 metri quadri e senza acqua corrente, con la conseguenza che, nel caso in cui gli agenti negavano il permesso di andare in bagno, il soggetto detenuto doveva defecare ed urinare utilizzando recipienti di plastica e teli di nylon.

È sicuramente possibile affermare che la durata dell'isolamento e ancor di più le condizioni dello stesso siano state determinanti e fondamentali per la decisione presa dalla Corte.

Ponendo ora lo sguardo alle violazioni dell'art.3 dovute all'incompatibilità tra lo stato detentivo e le condizioni di salute del soggetto detenuto, si può fare riferimento, innanzitutto, al caso *Scoppola c. Italia* n. 1<sup>286</sup>.

---

<sup>281</sup> Corte e.d.u, sent. 29 gennaio 2009, *Andreyevskiy c. Russia* (1750/03).

<sup>282</sup> Corte e.d.u, sent. 15 ottobre 2009, *Okhrimenko c. Ucraina* (ric. n. 53896/07).

<sup>283</sup> Corte e.d.u, sent. 14 settembre 2010, *Florea c. Romania* (ric. n. 37186/03).

<sup>284</sup> Corte e.d.u, sent. 20 gennaio 2009, *Guvec c. Turchia* (ric. n. 70337/01).

<sup>285</sup> Corte e.d.u, sent. 7 gennaio 2010, *Onoufriou c. Cipro* (ric. n. 24407/04).

<sup>286</sup> Corte e.d.u, sent. 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia* n. 1 (ric. n. 50550/06). Per un'analisi approfondita S. Buzzelli, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 389 ss. ed inoltre le sentenze *Paladi c. Moldavia* del 10 marzo 2009 (ric. 39806/05), e *Halilovic c. Bosnia* del 24 novembre 2009 (ric. n. 23968/05), in cui la Corte non ha ravvisato una violazione dell'art.3 rispetto all'incompatibilità tra il regime carcerario e le condizioni mentali del soggetto in questione, affermando, al contrario, che la detenzione carceraria ha portato ad un miglioramento delle stesse.

Nel caso suddetto era stata disposta, da parte del Tribunale di sorveglianza di Roma, l'espiazione della pena presso il proprio domicilio, provvedimento che è stato in seguito ritirato per l'inadeguatezza dell'abitazione stessa.

La violazione dell'art.3 è stata ravvisata, da parte dei giudici di Strasburgo, nel fatto che prima trasferire il soggetto in un istituto penitenziario compatibile con il suo stato di salute, e quindi dotato di una sezione per disabili, il ricorrente aveva invece continuato per oltre un anno ad espiaire la pena all'interno del carcere Regina Coeli, ritenuto precedentemente non adeguato da parte del Tribunale di sorveglianza.

Menzioniamo poi il caso *Enea c. Italia*<sup>287</sup> in cui, diversamente dal precedente caso, la Corte non ha ritenuto esservi una violazione dell'art.3 e quindi un'incompatibilità tra le condizioni di salute del ricorrente e l'applicazione del regime del 41-bis o.p. e di quello riservato ai detenuti ad "elevato indice di vigilanza".

Il ricorrente aveva fatto richiesta per la sospensione della pena, ma, a seguito della stessa, il soggetto veniva solamente spostato nel comparto ospedaliero del carcere e solo successivamente ad un grave intervento veniva concesso di continuare ad espiaire la pena presso il proprio domicilio.

La Corte, nel caso di specie, non ravvisava una violazione della Convenzione, in quanto, il trasferimento del ricorrente nella sezione ospedaliera del carcere risultava adeguato al suo stato di salute, ed inoltre, il prolungamento del regime inframurario si giustificava tenendo conto della sua pericolosità sociale.

Infine, nel caso *Raffray Taddei c. Francia*<sup>288</sup>, la ricorrente chiedeva la sospensione della pena a seguito delle sue gravi patologie; la Corte, chiamata a pronunciarsi sul caso, ha affermato che la negazione della sospensione della pena non integrava una violazione dell'art.3, in quanto, la ricorrente non aveva fornito un'effettiva dimostrazione di tali patologie ed inoltre non erano presenti i requisiti medici previsti dalla Francia per adottare un provvedimento in tal senso<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Corte e.d.u, sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia* (ric. n. 74912/01).

<sup>288</sup> Corte e.d.u, sent. 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei c. Francia* (ric. n. 36435/07).

<sup>289</sup> Nello specifico, lo Stato francese, per adottare un provvedimento di sospensione della pena o liberazione condizionale, richiede due perizie mediche tra loro concordanti oppure una sola in caso di pericolo per la vita.

Per quanto concerne, in ultimo, la sottoposizione a trattamenti medici, nel caso Bogumil c. Portogallo<sup>290</sup> questi ultimi sono stati analizzati tenendo conto del consenso o meno del ricorrente.

Nel caso appena citato, il mancato consenso del soggetto detenuto rispetto al trattamento medico/sanitario ricevuto, non ha integrato una violazione dell'art.3 CEDU; specificatamente l'intervento era stato effettuato per impedire che il sacchetto di cocaina precedentemente inghiottito dal ricorrente, e non ancora espulso naturalmente trascorso ormai lungo tempo dall'ingestione, poteva portare a danni ulteriori.

Nel caso opposto in cui, il ricorrente, è sottoposto dalle autorità ad un intervento non necessario per le sue condizioni di salute, ma, per fini probatori, sarà invece pronunciata una violazione dell'art.3<sup>291</sup>.

Dall'analisi effettuata, si comprende, dunque, come le condizioni detentive e sanitarie cui i detenuti sono sottoposti, hanno assunto grande rilevanza sul piano sovranazionale e sulla sensibilità comune; il detenuto, nonostante i reati commessi, viene considerato prima di tutto nella sua sfera umana ed individuale ed è, per tale ragione, necessario tutelare i diritti minimi ad esso garantiti a livello nazionale e sovranazionale non facendo mai travalicare la pena oltre quei limiti che la tramutino in inumana, degradante e lesiva della dignità umana.

Necessitano, invece, di una trattazione autonoma, le possibili violazioni della Convenzione in ragione dell'applicazione del regime detentivo speciale previsto dal disposto dell'art.41-bis o.p., quando quest'ultimo integri i comportamenti sanzionati dall'art.3 CEDU.

---

<sup>290</sup> Corte e.d.u, sent. 7 ottobre 2008, Bogoumil c. Portogallo (ric. n. 35228/03).

<sup>291</sup> Corte e.d.u, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania (ric. n. 54810/00).

## 2.1 Sentenza Torreggiani e altri c. Italia

Emblema, in tema di sovraffollamento carcerario, risulta essere la sentenza Torreggiani e altri c. Italia<sup>292</sup>.

La sentenza in questione è espressione della problematica italiana rispetto al superamento della capienza carceraria e conseguentemente della lesione dei diritti dei detenuti, nonché dei diritti spettabili ad ogni individuo, cioè quelli sanciti dall'art.3 cedu.

È possibile affermare che tale pronuncia rappresenta il diretto<sup>293</sup> precedente del caso Sulejmanovic c. Italia, caso in cui la Corte si è pronunciata circa la permanenza del ricorrente, durata per mesi, all'interno di una cella grande circa sedici metri quadri e condivisa con altri cinque detenuti; nel caso specifico la Corte ha riscontrato una violazione dell'art.3 CEDU, in quanto, il limitatissimo spazio personale lasciato a ciascun detenuto era identificabile come un trattamento inumano e degradante.

Nella sentenza Torreggiani e altri c. Italia, i signori Bamba, Biondi e Torreggiani, detenuti nel carcere di Busto Arsizio, lamentavano la condivisione di una cella di nove metri quadri insieme ad altre due persone, avendo così uno spazio personale di tre metri quadri; inoltre, gli stessi, lamentavano un limitato accesso alle docce a causa della carenza di acqua calda.

I signori El Haili, Hajjobi e Sela, detenuti nel carcere di Piacenza, lamentavano le stesse condizioni dei ricorrenti suddetti, ma, con l'aggravante che l'accesso alle docce gli era stato precluso per mesi a causa di insufficienza di acqua calda e che nella cella vi era una scarsa penetrazione della luce solare a seguito della presenza di sbarre di ferro<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, sentenza 8 gennaio 2013, (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10).

<sup>293</sup> P. DE STEFANI, *La sentenza Torreggiani: una sentenza pilota contro il sovraffollamento delle carceri*.

<sup>294</sup> Sent. Torreggiani e altri c. Italia, parr. 57-58: "I ricorrenti lamentano la mancanza di spazio vitale nelle rispettive celle. Avendo tutti diviso celle di 9 m2 con altre due persone, essi avrebbero avuto a disposizione uno spazio personale di 3 m2 . Tale spazio, di per sé insufficiente, era peraltro ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio nelle celle. 58. Inoltre, i ricorrenti denunciano l'esistenza di gravi problemi di distribuzione di acqua calda negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza. A loro dire, per molto tempo la mancanza di acqua calda ha limitato a tre volte a

I ricorsi appena menzionati denunciavano, quindi, una violazione dell'art.3 cedu, in quanto, le condizioni detentive suddette portavano i ricorrenti ad essere vittime dei trattamenti inumani e degradanti sanzionati dalla Convenzione.

A sostenere la tesi secondo cui le condizioni detentive delle carceri italiane violavano la normativa della Convenzione è bene menzionare le tre ordinanze del magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, il quale, dopo aver accolto i reclami dei soggetti detenuti nel carcere di Piacenza, rileva che l'istituto penitenziario in questione ha superato il limite di capienza, che i ricorrenti sono sottoposti a trattamenti inumani e degradanti ed inoltre che sono vittime di discriminazione, condividendo, gli altri detenuti, la cella delle medesime dimensioni con una sola persona.

Il Governo italiano, pur non negando la problematica del sovraffollamento carcerario, afferma che le condizioni cui i ricorrenti erano sottoposti non raggiungevano le soglie di gravità tali da affermare la presenza di un trattamento inumano e degradante; tale tesi viene fondata su due argomentazioni principali, ossia, la mancanza della prerogativa di essere vittima in capo ai ricorrenti e il non aver preventivamente esaurito i mezzi di ricorso interni<sup>295</sup>.

Quanto alla prima argomentazione, questa si fondava sul fatto che la maggior parte dei ricorrenti erano stati scarcerati o trasferiti in un diverso istituto penitenziario e, quindi, non potevano più essere qualificati come vittime; i giudici di Strasburgo affermavano, di contro, che la qualità di vittima può cessare solo qualora lo Stato riconosce la violazione effettuata e ne pone rimedio e ciò non si è verificato né per i ricorrenti di Piacenza e né per quelli di Busto Arsizio.

Per quanto concerne la seconda argomentazione, il Governo, afferma che ai sensi degli artt. 35 e 69 della legge 354/1975, ogni detenuto possa presentare reclamo presso il magistrato di sorveglianza al fine di ottenere una decisione volta alla

---

settimana l'accesso alla doccia. Infine, i ricorrenti detenuti a Piacenza lamentano l'apposizione alle finestre delle celle di pesanti sbarre metalliche che impediscono all'aria e alla luce del giorno di entrare nei locali."

<sup>295</sup> La principale condizione per poter poter presentare ricorso presso la Corte europea dei diritti dell'uomo è l'aver preventivamente esperito le vie di ricorso interne al proprio Stato ai sensi dell'art. 35 CEDU, inerente alle condizioni di ricevibilità dei ricorsi individuali.

riparazione delle violazioni subite; nel caso di specie, il sig. Ghisoni, aveva effettivamente presentato reclamo ottenendo una decisione favorevole, ma, sul piano pratico, non vi era stata effettiva attuazione della pronuncia da parte delle autorità giudiziarie interne.

Ed è proprio sulla discordanza tra il piano pratico ed il contenuto della pronuncia che, la restante parte dei ricorrenti, lamenta il fatto che il reclamo più che possedere le sembianze di un vero e proprio rimedio giudiziario può essere classificato come un rimedio amministrativo<sup>296</sup>.

Sul punto in questione, i giudici di Strasburgo, dispongono che la condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni può essere invocata solo a patto che gli stessi siano effettivi, ma, nel caso specifico, l'effettività del reclamo è più apparente che reale; inoltre, secondo la Corte, la mancata attuazione delle decisioni del tribunale di sorveglianza da parte delle autorità penitenziarie si realizza non per l'inefficacia dell'istituto del reclamo, ma, per la problematica del sovraffollamento carcerario<sup>297</sup>.

A fronte di quanto detto, è dunque la stessa Corte a sancire e prevedere una violazione della Convenzione in riferimento alle condizioni riprovevoli cui i ricorrenti erano sottoposti nell'espiazione della propria pena<sup>298</sup>, non avendo

---

<sup>296</sup> Sent. Torreggiani e altri c. Italia, parr. 44-45: "I ricorrenti sostengono che il sistema italiano non offre alcuna via di ricorso suscettibile di porre rimedio al sovraffollamento delle carceri italiane e di portare a un miglioramento delle condizioni detentive. In particolare, essi denunciano la non effettività del procedimento dinanzi al magistrato di sorveglianza. Osservano innanzitutto che il ricorso in questione non costituisce un rimedio giudiziario, bensì un ricorso di tipo amministrativo, giacché le decisioni del magistrato di sorveglianza non sono affatto vincolanti per le direzioni degli istituti penitenziari. Peraltro, essi sostengono che molti detenuti hanno cercato di migliorare le loro cattive condizioni carcerarie attraverso reclami rivolti al magistrato di sorveglianza, senza tuttavia ottenere alcun risultato. Di conseguenza, essi si ritengono dispensati dall'obbligo di esaurire tale rimedio."

<sup>297</sup> Sent. Torreggiani e altri c. Italia, par. 54: "Del resto, la Corte ha già osservato che il malfunzionamento dei rimedi «preventivi» in situazioni di sovraffollamento carcerario dipende ampiamente dalla natura strutturale del fenomeno (...). gli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza sono abbondantemente sovraffollati, così come un gran numero di carceri italiane, al punto che il sovraffollamento carcerario in Italia ha assunto le dimensioni di un fenomeno strutturale e non riguarda esclusivamente il caso particolare dei ricorrenti. (...) Le autorità penitenziarie italiane non siano in grado di eseguire le decisioni dei magistrati di sorveglianza e di garantire ai detenuti condizioni detentive conformi alla Convenzione."

<sup>298</sup> Sent. Torreggiani e altri c. Italia, parr. 76-78: "La Corte ritiene che i ricorrenti non abbiano beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri da essa ritenuti accettabili con la sua giurisprudenza. Essa desidera rammentare ancora una volta in questo contesto che la norma in materia di spazio abitabile nelle celle collettive raccomandata dal CPT è di quattro metri quadrati. (...) La Corte osserva poi che la grave mancanza di spazio sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi (paragrafi 6 e 7 supra), costitutiva di per sé di un trattamento contrario alla Convenzione, sembra essere stata ulteriormente aggravata da altri

neanche l'opportunità di aspirare ad una riparazione dei danni subiti da parte delle autorità penitenziarie.

All'interno della sentenza in questione, la Corte, menziona anche i principi garantiti dalla Convenzione a tutti i detenuti.

Innanzitutto la qualità di detenuto non rappresenta la condizione per poter privare il soggetto dei diritti garantiti dalla Convenzione, al contrario, la Corte ritiene che vi debba essere una maggiore tutela<sup>299</sup>; inoltre, il divieto di sottoposizione a torture o trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art.3, fa sorgere in capo alle autorità un doppio obbligo consistente nel fatto che la detenzione debba essere compatibile con la dignità umana e non debba superare le naturali connotazioni negative insite in ogni misura di privazione della libertà personale dovendo, quindi, salvaguardare il benessere e la salute del detenuto.

Ulteriore principio cardine in tema di detenzione è affrontato tenendo conto del grado di gravità del sovraffollamento carcerario, infatti, qualora questa problematica raggiunga da sola soglie di gravità elevate vi sarà un'automatica violazione dell'art.3, mentre, in caso contrario, si terrà conto di altri fattori (aerazione, penetrazione luce ed aria naturale, possibilità di utilizzo dei servizi igienici ecc.) che, congiuntamente alle pregresse e precarie condizioni carcerarie, potrebbero portare ad una violazione della Convenzione.

---

trattamenti denunciati dagli interessati. La mancanza di acqua calda nei due istituti per lunghi periodi, ammessa dal Governo, nonché l'illuminazione e la ventilazione insufficienti nelle celle del carcere di Piacenza, sulle quali il Governo non si è espresso, non hanno mancato di causare nei ricorrenti un'ulteriore sofferenza, benché non costituiscano di per sé un trattamento inumano e degradante. (...) La Corte ritiene che le condizioni detentive in questione, tenuto conto anche della durata della carcerazione dei ricorrenti, abbiano sottoposto gli interessati ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione."

<sup>299</sup> Sent. Torreggiani e altri c. Italia, parr. 65: "La Corte rileva che di solito le misure privative della libertà comportano per il detenuto alcuni inconvenienti. Tuttavia, essa rammenta che la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente."

La sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, si caratterizza per essere una sentenza c.d. “pilota”<sup>300</sup>; la procedura pilota ha avuto un formale riconoscimento nel regolamento di procedura della Corte europea dei diritti dell’uomo il 21 febbraio 2011.

La procedura pilota, prendendo forma dal disposto dell’art. 46<sup>301</sup> della Convenzione, è oggi disciplinata dall’art. 61<sup>302</sup> del regolamento della CEDU.

---

<sup>300</sup> Sent. *Torreggiani e altri c. Italia*, parr. 84-85: “Al fine di facilitare l’effettiva attuazione delle sue sentenze secondo il principio di cui sopra, la Corte può adottare una procedura di sentenza pilota che le consenta di mettere in luce chiaramente, nella sua sentenza, l’esistenza di problemi strutturali all’origine delle violazioni e di indicare le misure o azioni particolari che lo Stato convenuto dovrà adottare per porvi rimedio. (...) Un altro fine importante perseguito dalla procedura della sentenza pilota è quello di indurre lo Stato convenuto a trovare, a livello nazionale, una soluzione alle numerose cause individuali originate dallo stesso problema strutturale, dando così effetto al principio di sussidiarietà che è alla base del sistema della Convenzione.”

<sup>301</sup> Ai sensi dell’art. 46 cedu: “Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.

La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l’esecuzione.

Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell’esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato.

Se il Comitato dei Ministri ritiene che un’Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell’adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1.

Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l’esame.”

<sup>302</sup> Ai sensi dell’art.61 del regolamento CEDU: “La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all’origine di un ricorso presentato innanzi a essa rivelano l’esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un’altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di ricorsi analoghi.

Prima di decidere di applicare la procedura della sentenza pilota, la Corte deve invitare le parti a comunicare se, a loro avviso, all’origine del ricorso da esaminare vi è un problema o una disfunzione di questo tipo nella Parte contraente interessata e se il ricorso si presta a questa procedura.

La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota d’ufficio o su richiesta di una o di entrambe le parti.

Ai ricorsi per i quali si è deciso di applicare la procedura della sentenza pilota deve essere riservato un trattamento prioritario ai sensi dell’articolo 41 del regolamento della Corte. 3.

La Corte deve indicare nella sentenza pilota da essa adottata la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione da essa constatata e il tipo di misure riparatorie che la Parte contraente interessata deve adottare a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza.

La Corte, nel dispositivo della sentenza pilota da essa adottata, può fissare un termine per l’adozione delle misure menzionate al precedente paragrafo 3, tenendo conto della natura delle misure richieste e della rapidità con cui è possibile porre rimedio, a livello interno, al problema da essa constatato.

Quando adotta una sentenza pilota, la Corte può riservarsi in tutto o in parte l’esame della questione dell’equa soddisfazione, in attesa che la Parte contraente convenuta adotti le misure individuali e generali indicate nella sentenza.

Tale procedura, potrebbe erroneamente apparire come una semplice presa di coscienza delle violazioni effettuate e acquiescenza, da parte dello Stato, a rispettare le decisioni della Corte e provvedere secondo le indicazioni date.

In realtà, la Corte, pronuncia la sentenza pilota solo in presenza di determinate condizioni e circostanze, ossia, qualora vi è la presenza di una problematica strutturale o interna ad una prassi che possa essere amministrativa o giurisprudenziale e comunque non conforme alla Convenzione.

Attraverso tale procedimento, i giudici di Strasburgo, indicano le misure necessarie che lo stato deve adottare al fine di minimizzare i rischi di una recidiva rispetto alla problematica in questione ed idonee a porre un rimedio rispetto ai danni effettuati, lasciando però un margine di discrezionalità agli stati circa i mezzi per il raggiungimento di tali obiettivi; inoltre, viene indicato all'interno della sentenza un termine entro il quale lo Stato deve aver eseguito le misure indicate.

La procedura pilota ha, quindi, il duplice obiettivo di consigliare lo Stato circa le misure più efficaci da adottare e di ridurre i ricorsi alla Corte per casi simili, quindi casi preventivamente esaminati e per i quali sono già state fornite idonee soluzioni.

Nel caso analizzato, la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* si caratterizza sicuramente per essere una sentenza pilota in quanto rileva il problema del

---

All'occorrenza, la Corte può rinviare l'esame di tutti i ricorsi che traggono origine da uno stesso motivo in attesa dell'adozione delle misure riparatorie indicate nel dispositivo della sentenza pilota. I ricorrenti interessati sono informati della decisione di rinvio nella forma che conviene.

Se necessario, viene loro notificato ogni nuovo elemento riguardante la loro causa.

La Corte può in qualsiasi momento esaminare un ricorso rinviato se ciò è necessario nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia.

Quando le parti in una causa pilota giungono a una composizione amichevole, quest'ultima deve contenere una dichiarazione della Parte contraente convenuta riguardante l'attuazione delle misure generali indicate nella sentenza e delle misure riparatorie in favore degli altri ricorrenti, dichiarati o potenziali.

Se la Parte contraente interessata non si conforma al dispositivo della sentenza pilota, la Corte, salvo decisione contraria, riprende l'esame dei ricorsi che sono stati rinviati in applicazione del precedente paragrafo 6.

Il Comitato dei Ministri, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio d'Europa e il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa sono informati sistematicamente dell'adozione di una sentenza pilota o di qualsiasi altra sentenza in cui la Corte segnali l'esistenza di un problema strutturale o sistemico all'interno di una Parte contraente.

Le informazioni riguardanti la decisione di trattare un ricorso seguendo la procedura della sentenza pilota, l'adozione di una sentenza pilota, la sua esecuzione e la chiusura della procedura sono pubblicate sul sito Internet della Corte.”

sovraffollamento carcerario, ma, non fornisce allo Stato italiano indicazioni specifiche per ovviare a tale problematica, lasciando, al contrario, un vasto margine di discrezionalità circa le misure più idonee da adottare; l'unico consiglio dato dalla Corte è di ricorrere a misure effettive e compensative, che rimedino ai danni posti in essere<sup>303</sup>.

La sentenza si conclude con una delle caratteristiche tipiche del procedimento pilota, ossia, nel caso in questione, dare allo Stato italiano il termine di un anno per l'adozione di misure efficaci e la risoluzione del sovraffollamento carcerario, dovendo inoltre pagare a titolo di risarcimento delle somme di denaro ai sette ricorrenti.

Come conseguenza alla sentenza Torreggiani e altri c. Italia, lo stato italiano ha adottato il d.l. 1 luglio 2013, n. 78<sup>304</sup> mediante il quale è stato innalzato il limite di pena per l'applicazione della custodia cautelare in carcere da 4 a 5 anni; d.l. 23 dicembre 2013, n.146<sup>305</sup> mediante il quale sono state introdotte e modificate alcune misure alternative al carcere per l'espiazione della pena; d.l. 26 giugno 2014, n.92<sup>306</sup> mediante il quale è stato introdotto il rimedio a seguito di una detenzione inumana e degradante ai sensi dell'art. 35-ter ord.penit<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> Sent. Torreggiani e altri c. Italia, par. 99: "La Corte ne conclude che le autorità nazionali devono creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia.

Tale o tali ricorsi dovranno essere conformi ai principi della Convenzione, come richiamati in particolare nella presente sentenza, ed essere posti in essere nel termine di un anno dalla data in cui questa sarà divenuta definitiva."

<sup>304</sup> D.l. 1 luglio 2013, n.78 "*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*".

<sup>305</sup> D.l. 23 dicembre 2013, n.146 "*Misure urgenti in tema dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*".

<sup>306</sup> D.l. 26 giugno 2014, n.146 "*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*".

<sup>307</sup> Ai sensi dell'art.35-ter ord.penit. "Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiaire pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio.

Quando il periodo di pena ancora da espiaire è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per

## 2.2 Caso *Marcello Viola c. Italia* e la problematica dell'ergastolo ostativo

La tematica dell'umanità della pena va analizzata, anche e soprattutto, sotto l'aspetto della possibilità di concessione dei benefici penitenziari.

In particolar modo, il punto focale della problematica consiste nella disparità di trattamento tra condannati all'ergastolo c.d. "semplice" e condannati all'ergastolo ostativo ai sensi dell'art.4-bis o.p.; per questi ultimi, infatti, sembra operare ormai un automatismo difficilmente superabile e consistente nel fatto che la concessione dei benefici penitenziari sia subordinata alla sola collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter o.p.

A tal proposito è necessario analizzare un caso emblematico, ossia, la sentenza *Marcello Viola c. Italia*<sup>308</sup>.

Nel caso di specie, il sig. Marcello Viola, era stato condannato all'ergastolo per appartenenza ad una associazione criminale di stampo mafioso, della quale, peraltro, ne era risultato essere a comando.

Il ricorrente lamenta la violazione, da parte dello Stato italiano, degli articoli 3 ed 8<sup>309</sup> della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>310</sup>.

---

ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni.

Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2."

<sup>308</sup> Sent. 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia*, (ric. 77633/ 16).

<sup>309</sup> Ai sensi dell'art.8 CEDU: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui."

<sup>310</sup> Sent. *Marcello Viola c. Italia*, par. 53: "Nell'ambito dell'articolo 3 della Convenzione, il ricorrente lamenta che la pena dell'ergastolo inflittagli è incompressibile e non gli offre alcuna possibilità di beneficiare della liberazione condizionale; ciò contrasta con le esigenze di questa disposizione.

In particolar modo, il contenuto del ricorso si incentra sulla asimmetria di trattamento tra i detenuti condannati all'ergastolo ordinario ai sensi dell'art.22<sup>311</sup> c.p. e quelli condannati all'ergastolo ostativo ai sensi dell'art. 4-bis o.p., essendo questi ultimi vittime di discriminazione<sup>312</sup>; nel caso di specie, il sig. Marcello Viola, si vedeva negato il beneficio di ottenere i permessi premio a seguito della mancata collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art.58-ter o.p.

Infatti, per i condannati all'ergastolo semplice è prevista la possibilità, ai sensi dell'art.176 c.p.<sup>313</sup>, di ottenere la liberazione condizionale scontando almeno ventisei anni di pena; al contrario, l'art.4-bis o.p. elenca una serie di reati- tra cui quello previsto dall'art.416-bis o.p. ovvero quello per cui il ricorrente è stato condannato- per i quali l'accesso ai benefici penitenziari è precluso a meno che non vi sia una collaborazione con la giustizia.

La condotta prevista dall'art.58-ter c.p. si presenta come l'unica possibilità, concessa al reo, di accedere ai benefici previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario; per i condannati all'ergastolo ostativo, infatti, ciò che rileva non sono gli obiettivi comportamentali e rieducativi raggiunti in carcere durante l'espiazione della pena, ma, al contrario, la cooperazione con la giustizia è vista come la sola prova che possa con certezza eliminare il rischio di una ancor presente collaborazione con l'associazione criminale<sup>314</sup>.

---

Richiamando gli articoli 3 e 8 della Convenzione, lamenta anche l'incompatibilità del regime penitenziario con lo scopo di cambiamento e di risocializzazione dei detenuti.”

<sup>311</sup> Ai sensi dell'art.22 c.p. “La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.”

<sup>312</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 67: “Il ricorrente rileva che il sistema italiano prevede due tipi di ergastolo: quello “ordinario”, previsto dall'articolo 22 del CP, che permette un riesame della pena dopo ventisei anni di detenzione e quello incompressibile, detto “ergastolo ostativo”, previsto dall'articolo 4 bis. Egli sottolinea che questo articolo comporta una impossibilità di riconoscere la liberazione condizionale e gli altri benefici penitenziari, che trova fondamento in una irreversibile presunzione legislativa assoluta di pericolosità, vale a dire la persistenza del legame tra il condannato e l'associazione criminale mafiosa di appartenenza. Solo una effettiva collaborazione con la giustizia permetterebbe di escluderla”

<sup>313</sup> Ai sensi dell'art.176 co.3 c.p.: “Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena.”

<sup>314</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 71: “Il ricorrente afferma inoltre che la collaborazione con la giustizia non può costituire una “prospettiva di rilascio” per motivi di ordine penologico, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. A riguardo, argomenta che il sistema italiano obbliga il condannato a collaborare con la giustizia, in quanto un eventuale rifiuto lo escluderebbe a priori da ogni percorso

Non si tiene in considerazione, molte volte, che la mancata collaborazione con la giustizia avviene non per un persistente contatto con l'associazione mafiosa, ma, come nel caso di specie, per paura che fornendo talune informazioni possa essere messa a repentaglio la vita dei familiari del reo, essendo questi al di fuori delle mura dell'istituto penitenziario e quindi esposti a possibili pericoli<sup>315</sup>.

Nel caso in questione, il sig. Viola, aveva partecipato a tutte le attività ricreative predisposte dall'istituto penitenziario e non aveva, pertanto, riportato alcuna sanzione disciplinare, accumulando, quindi, oltre cinque anni di liberazione anticipata ed essendo stato revocato, nei suoi confronti, il regime di massima sorveglianza previsto dall'art.41bis o.p.; tuttavia, il ricorrente, si vedeva negato il beneficio richiesto solo a causa del fatto che il reato dal quale scaturiva la condanna rientrava tra l'elenco dei reati ostativi contenuti nell'art.4-bis o.p.<sup>316</sup>

Il Governo, di contro, afferma che visto il contesto delicato cui l'art.4-bis viene applicato, trattasi di reati particolarmente gravi e pericolosi per la società,

---

di reinserimento e da ogni possibilità di accedere alla liberazione condizionale. (...) In più, il ricorrente lamenta che l'automatismo previsto dalla legislazione italiana favorisce eccessivamente le esigenze di politica criminale, a discapito degli imperativi penitenziari di risocializzazione e ciò comporterebbe una violazione della dignità umana di ogni detenuto. A suo dire, questo meccanismo l'ha ridotto al suo reato e non gli permette di prefigurare l'uscita dal carcere, se non attraverso una logica strumentale (che si traduce, per l'interessato, nel fatto di offrire la sua collaborazione totale), ignorando però totalmente il suo percorso rieducativo.”

<sup>315</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 69-70: “Sostiene che si ritrova senza alcuna prospettiva di rilascio e senza possibilità di far riesaminare la pena dell'ergastolo che gli è stata inflitta: a suo dire, qualunque sia il suo comportamento in carcere, la sua pena rimane immutabile e insuscettibile di controllo, in quanto il giudice competente ad effettuare l'esame non può valutare i risultati del suo percorso di cambiamento.

Il ricorrente aggiunge che la coercizione che dice di subire, oltre a scontrarsi con la sua intima convinzione di essere innocente e quindi con la sua libertà morale, lo pone davanti a un dilemma: accettare il rischio di mettere in pericolo la propria vita e quella dei suoi cari, esponendosi ed esponendoli alle rappresaglie tipiche della logica mafiosa, o rifiutare di collaborare e rinunciare ad ogni possibilità di liberazione.”

<sup>316</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 73: “Per quanto riguarda la procedura della liberazione condizionale, il ricorrente espone che durante l'intera detenzione ha sempre tenuto una condotta positiva, sia a livello comportamentale che a livello rieducativo e che ha partecipato con successo alle attività di reinserimento. Indica che, non avendo subito alcuna sanzione disciplinare, ha accumulato più di cinque anni di “liberazione anticipata” (alla data del 30 dicembre 2013), proprio per via della sua partecipazione alle attività proposte dall'amministrazione penitenziaria. Precisa che non può tuttavia beneficiarne in quanto è sottoposto al regime dell'articolo 4 bis. Ancora, il ricorrente sostiene che i suoi progressi in carcere sono stati constatati dal TdS dell'Aquila nell'ordinanza che aveva posto fine al regime del “41 bis”. Tuttavia, anche presentando elementi di prova concreti che giustificano la sua domanda di liberazione, non potrà mai ottenere un esame di tali elementi, sia in una procedura di liberazione condizionale e del resto sia di richiesta di un permesso premio. Peraltro, il ricorrente lamenta che la procedura di riesame non rispetta i criteri procedurali imposti in materia dalla giurisprudenza della Corte.”

l'interruzione del rapporto con il sodalizio criminale deve essere dimostrato mediante la cooperazione con le autorità, prova, inoltre, dell'abbandono dell'indole criminale<sup>317</sup>.

Inoltre, viene sottolineata, sempre da parte del Governo, una profonda differenza tra il regime previsto dall'art.41bis o.p. e quello previsto dall'art.4-bis o.p., affermando che la revoca del primo è stata disposta nei confronti del sig. Viola per l'impossibilità di quest'ultimo di mantenere in carcere rapporti con l'associazione criminale, mentre, per quanto riguarda il contenuto dell'art.4-bis o.p., il ricorrente, è tenuto, mediante cooperazione con la giustizia, a dare prova positiva dell'avvenuto distacco dalla criminalità<sup>318</sup>.

Le argomentazioni del Governo, si concludono affermando che non vi è stata violazione dell'art.3 CEDU, in quanto, il condannato all'ergastolo ha una prospettiva concreta di accesso ai benefici penitenziari, potendo questi essere concessi tenendo conto del percorso rieducativo del reo qualora la collaborazione con le autorità risulti essere impossibile, oppure, nel caso opposto, a fronte delle condizioni previste dall'art.58 ter o.p.<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par.75: "Nelle sue osservazioni, il Governo tiene a ricordare innanzitutto il contesto particolare in cui è applicato l'articolo 4 bis. Afferma che, a causa dell'estrema gravità dei delitti in questione, per i quali l'elemento mafioso si caratterizzerebbe dalla solidità del legame e la sua stabilità nel corso del tempo, il regime del caso di specie richiede di dimostrare in modo tangibile, con la collaborazione con le autorità, vuoi la riuscita del percorso rieducativo in carcere, vuoi la "dissociazione" dall'ambiente criminale. In altri termini, per il Governo resistente, il detenuto deve essere in grado di provare, alla fine del suo percorso di risocializzazione, che ha rifiutato i "valori criminali", contribuendo alla "disintegrazione" dell'associazione mafiosa e al ristabilimento della legalità."

<sup>318</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par.76: "Il Governo constata inoltre che esiste una profonda differenza tra il regime del 41 bis e quello previsto dall'articolo 4 bis. A riguardo indica che, nel caso di specie, la magistratura di sorveglianza ha posto fine al regime speciale previsto dall'articolo 41 bis, ritenendo che il ricorrente non avesse più la capacità di mantenere dal carcere i contatti con l'organizzazione criminale, mentre, per quanto previsto dall'articolo 4 bis, l'interessato sarebbe tenuto a fornire la prova positiva della rottura di ogni collegamento con l'organizzazione criminale d'appartenenza."

<sup>319</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, parr. 79-84: "In effetti, a detta del Governo, il condannato all'ergastolo può presentare una domanda di liberazione condizionale alla magistratura di sorveglianza, basandosi sui risultati del percorso rieducativo e sulla collaborazione con l'autorità giudiziaria. Secondo il Governo, il sistema offre così una prospettiva concreta all'ergastolano, da una parte, permettendo che questi possa accedere ai benefici penitenziari in caso di collaborazione "impossibile" o "inesigibile" (il Governo ha trasmesso un elenco molto dettagliato delle pronunce che fanno giurisprudenza su questo aspetto) e, dall'altra parte, connettendo alla libera scelta dell'interessato di collaborare, e non a un automatismo legislativo, la possibilità di ottenere questi stessi benefici. Ciò giustificerebbe la scelta del legislatore di dare priorità alle esigenze di

Sarebbe, quindi, a fronte di queste argomentazioni, rimessa totalmente al ricorrente la scelta circa una sua possibile futura libertà ottenibile o meno a seguito della collaborazione richiesta.

Esaminando, ora, il punto di vista delle Corte EDU, viene subito chiarito che il sistema sanzionatorio penale è al di fuori della competenza degli organi sovranazionali, essendo rimesse le scelte delle sanzioni e delle pene al sistema giuridico interno, sempre che tali scelte non siano in conflitto con gli obblighi derivanti dalla Convenzione<sup>320</sup>.

La Corte, tenendo conto tanto delle argomentazioni del governo quanto delle argomentazioni fornite dal ricorrente, ammette che in realtà la scelta della cooperazione rimessa al reo non appare essere del tutto libera, in quanto, nel sistema penale italiano sembra operare un automatismo preclusivo, facendo coincidere la mancata collaborazione all'attuale persistenza di contatti con la criminalità<sup>321</sup>.

I giudici di Strasburgo, affermano poi che la condotta richiesta dall'art.58ter o.p. non sempre è indice di una prova certa circa il ravvedimento del reo, potendo quest'ultimo collaborare solo in modo opportunistico<sup>322</sup>; al contrario, la mancata collaborazione, non è invece sempre indice di attuali collegamenti criminali, in

---

prevenzione generale e di protezione della società. (...) In conclusione, il Governo sostiene che il legislatore non ha fatto altro che aggiungere una condizione ulteriore per i condannati all'ergastolo entro il regime disciplinato dall'articolo 4 bis. A dire del Governo, una volta soddisfatta questa condizione, che il detenuto è libero di rispettare collaborando con le autorità, questi può aspirare alla liberazione condizionale e ai benefici penitenziari. Il sistema italiano è dunque, nella visione del Governo, compatibile con l'articolo 3 della Convenzione."

<sup>320</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 107: "La Corte ricorda di aver affermato che la scelta degli Stati circa il regime complessivo della propria giustizia penale, ivi compreso il riesame della pena e le modalità di liberazione, sfugge in linea di principio al controllo europeo esercitato dalla stessa Corte, purché il sistema non disconosca i principi della Convenzione."

<sup>321</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 116: "Ora, se è vero che il regime interno offre al condannato la scelta di collaborare o meno con la giustizia, la Corte dubita della libertà di questa scelta, come dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato."

<sup>322</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 119: "Inoltre, la Corte rileva, al pari di quanto fatto dalla Corte costituzionale nella medesima sentenza, che si potrebbe ragionevolmente essere messi di fronte alla situazione dove il condannato collabora con le autorità, senza che tuttavia il suo comportamento rifletta un cambiamento da parte sua o una "dissociazione" effettiva dall'ambiente criminale, in quanto l'interessato potrebbe agire con l'unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge."

quanto, il detenuto potrebbe solo essere preoccupato per l'incolumità della propria famiglia a seguito delle informazioni date alle autorità<sup>323</sup>.

Considerando, quindi, la collaborazione, come il solo strumento in grado di dare una prova positiva degli sviluppi positivi del reo si finirebbe per non dar adito alle altre circostanze che forniscono prova di un reale e concreto sviluppo personale e comportamentale come, nel caso oggetto di analisi, la partecipazione ai percorsi rieducativi e l'assenza di sanzioni disciplinari<sup>324</sup>.

La Corte, constatando che secondo la giurisprudenza interna la mancata collaborazione con la giustizia opera come una presunzione assoluta di persistente pericolosità sociale del condannato e non da altri mezzi al reo per riscattarsi<sup>325</sup>, rigetta le argomentazioni del Governo, dichiara ricevibile il ricorso del sig. Viola e afferma l'avvenuta violazione dell'art.3 CEDU da parte dello Stato italiano.

L'ergastolo ostativo, prevedendo che la personalità del reo non possa mutare nel corso dell'espiazione della pena, e che quindi resti immutata al momento della commissione del reato, presuppone una preclusione assoluta in totale contraddizione con il fine rieducativo della pena.

---

<sup>323</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 118: "La Corte ne deduce che la mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza. Ciò è stato peraltro riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 306 dell'11 giugno 1993, quando ha affermato che l'assenza di collaborazione non indica necessariamente il mantenimento dei collegamenti con l'organizzazione mafiosa."

<sup>324</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, parr. 121-124-125: "Osserva, in effetti, che, considerando la collaborazione con le autorità come la sola dimostrazione possibile della "dissociazione" del condannato e del suo cambiamento, non si è tenuto conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la "dissociazione" con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia. (...). La Corte constata, inoltre, che il ricorrente ha dichiarato di non essere mai stato sottoposto ad una sanzione disciplinare e di aver accumulato dalla sua condanna, per la partecipazione a un programma di reinserimento, circa cinque anni di liberazione anticipata (paragrafo 73, qui sopra), ma che, a causa dell'assenza della collaborazione, non può in pratica beneficiare della riduzione di pena ottenuta. (...) La Corte ritiene che la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso. Essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione, che permette alla persona di rivedere in maniera critica il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità."

<sup>325</sup> Sent. Marcello Viola c. Italia, par. 127: "In questo caso, la Corte ritiene che l'assenza della "collaborazione con la giustizia" determini una presunzione assoluta di pericolosità, che ha per effetto quello di privare il ricorrente di ogni prospettiva realistica di liberazione. Il ricorrente rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua punizione rimane immutabile, insuscettibile di controllo e rischia anche di appesantirsi con il tempo."

La circostanza, cui il condannato all'ergastolo ostativo viene a trovarsi, risulta, pertanto, essere incompatibile con l'art.27 co. 3 cost. in cui è sancito che le pene non devono essere contrarie al senso di umanità e devono comunque tendere al fine rieducativo del detenuto; ulteriore incompatibilità risulta esservi con l'art.3 cost., in quanto, si è in presenza di una discriminazione di trattamento tra i condannati all'ergastolo ai sensi dell'art.22 c.p. e i condannati all'ergastolo ai sensi dell'art.4-bis o.p.; ulteriore parvenza di incompatibilità si ha, infine, tra la collaborazione prevista ai sensi dell'art.58ter o.p. e il diritto di difesa previsto dall'art. 24 cost., soprattutto per quanto concerne l'annesso diritto di restare in silenzio.

L'ostatività dell'ergastolo è stata giustificata tenendo innanzitutto conto della particolare gravità dei reati per i quali la condanna è pronunciata, come il reato previsto dall'art.416bis c.p.; inoltre, la mancata cooperazione con la giustizia altro non farebbe che confermare la il mancato ravvedimento del reo e il persistere dei rapporti con il sodalizio criminale, non tenendo proprio in considerazione le altre cause che possono indurre il soggetto a rimanere in silenzio.

Nonostante le varie preoccupazioni sociali che possono essere legate alla gravità dei reati commessi ed alla presunta pericolosità degli autori degli stessi, la pena deve continuare a possedere il suo carattere "umanitario", carattere che non può essere derogato neanche in presenza di dette ipotesi e "barattato con vere o presunte istanze di difesa sociale"<sup>326</sup>.

Sicuramente, la Corte EDU, ha segnato, con la sentenza *Marcello Viola c. Italia*, un punto di svolta in tema di ergastolo ostativo<sup>327</sup>, sottolineando come la pena contraria al senso di umanità non consiste solo nel porre in essere condotte pratiche e tangibili consistenti in torture o altri trattamenti manifestamente degradanti; ma, al contrario, la violazione dell'indispensabile carattere umanitario che la pena deve possedere può riscontrarsi anche nell'impossibilità del detenuto di riscattare se stesso, di non poter mai aspirare a tornare in libertà, di non vedersi concessa neanche una chance

---

<sup>326</sup> E. DOLCINI *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2019, fasc.4, pag.7.

<sup>327</sup> M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in SIDIBlog, 21 giugno 2019.

per migliorare e riacquisire fiducia dalla legge e dalla società, lasciato, al contrario, abbandonato a se stesso ed al proprio passato.

È bene, dunque, che la Corte EDU, tramite detta pronuncia, abbia sollevato e messo alla luce le varie e ormai troppo consolidate criticità dell'ergastolo ostativo, aspirando, quindi, ad un'inversione di rotta.

### 2.3 L'ostatività dell'art. 4-bis o.p. alla luce della sentenza n.253 del 2019

Un passo in avanti, rispetto all'automatismo previsto dall'art.4-bis o.p., si è avuto con la sentenza 253 del 2019<sup>328</sup>.

Come detto in precedenza, per il soggetto condannato ad uno dei reati previsti dall'art.4-bis o.p., vigeva la preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari a meno che lo stesso non collaborasse con la giustizia così come indicato dall'art.58ter o.p.

Non erano, quindi, oggetto di esame, ai fini della concessione del permesso premio o della liberazione condizionale, gli obiettivi rieducativi e comportamentali raggiunti in carcere dal condannato.

Un'importante pronuncia in tale senso, si è avuta con la sentenza sopra menzionata.

Nel caso specifico, con ordinanza 20 dicembre del 2018, la Corte di Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale relativa all'art.4-bis co.1 o.p. “nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio”.

Al tempo stesso, il tribunale di Perugia, con ordinanza 28 maggio 2019, ha, invece, sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art.4bis co.1 o.p. riferendosi alla parte in cui “esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere ex art. 416 bis cod. pen. della quale sia stato partecipe, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio.”

La Corte Costituzionale<sup>329</sup> rileva che la preclusione in questione, oggetto esame della sentenza, violi il principio di ragionevolezza espresso dall'art.3 Cost. in

---

<sup>328</sup> Corte Cost. sent. 22 ottobre 2019, n.253.

<sup>329</sup> M.RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in Sistema penale, 12 dicembre 2019; S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in Sistema penale, 28 gennaio 2020; A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in Forum di Quaderni

quanto prevede una presunzione assoluta, presunzione che fa equivalere alla mancata cooperazione con la giustizia la persistenza di collegamenti con il contesto criminale; in aggiunta, vi è un'ulteriore violazione del disposto del comma 3 dell'art. 27 cost., in quanto, la mancata opportunità di poter aspirare alla libertà e ad un riscatto di se stessi non farebbe altro che integrare gli estremi di una pena contraria al senso di umanità<sup>330</sup>.

È di importanza fondamentale comprendere come la questione possa essere vista anche da un ulteriore punto di vista: si potrebbe, infatti, affermare che l'automatismo della preclusione prevista dall'art.4-bis o.p. non discenda direttamente dall'articolo stesso, ma, sia frutto di una scelta consapevole del condannato; tuttavia, il carattere assoluto, deriverebbe dal fatto che il reo non possa in alcun modo dimostrare il proprio ravvedimento se non dalla

---

Costituzionali, 4 febbraio 2020; CERASE M. *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 5 febbraio 2020; CHIAVARIO M., *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in Osservatorio AIC, 4 febbraio 2020; MENEGHINI A., *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, in Osservatorio AIC, 3 marzo 2020; BERNARDI S., *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in Osservatorio AIC, 3 marzo 2020; MENGOZZI M., *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in Osservatorio AIC, 3 marzo 2020; PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in Rivista AIC; MAZZUCA J., *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico (Commento a C. Cost. 23 Ottobre 2019, n. 253)*, in Federalismi.it, 5 febbraio 2020; CIRIOLI G., *Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impiccati a una pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte Costituzionale*, in Osservatorio AIC, 4 agosto 2020.

<sup>330</sup> Corte Cost. sent. 253 del 2019, par. 5.4 : "Entrambe le ordinanze, alla luce degli artt. 3 e 27 Cost., censurano l'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., in quanto introduce una presunzione assoluta di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata a carico del condannato – per i reati precisati – che non collabori con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter del medesimo ordin. penit. Proprio in virtù di tale presunzione, assoluta in quanto non superabile se non dalla collaborazione stessa, la disposizione attualmente vigente fa sì che le richieste di un tale detenuto di accedere allo specifico beneficio del permesso premio debbano dichiararsi in limine inammissibili, senza poter essere oggetto di un vaglio in concreto da parte del magistrato di sorveglianza (in disparte i casi di collaborazione impossibile o irrilevante). Se tutto ciò sia conforme ai parametri costituzionali evocati è, in definitiva, il thema decidendum posto dalle presenti questioni di legittimità costituzionale."

collaborazione stessa, essendo, quindi, tale assolutezza a confliggere con gli artt. 3 e 27 della Costituzione<sup>331</sup>.

La Corte, nel prosieguo della sentenza, afferma un concetto di massima importanza: infatti, sostiene che l'illegittimità della preclusione oggetto di analisi, non deriverebbe dalla presunzione che la mancata collaborazione con la giustizia sia indice di attuali collegamenti con il sodalizio criminale, ma, deriverebbe dal fatto che tale circostanza non potrebbe essere vinta e superata da prova contraria.

La rigidità di tale automatismo è, perciò, in contrasto con gli articoli della Costituzione in quanto non consentirebbe una effettiva valutazione del percorso rieducativo del reo essendo generalizzata a tutti i condannati per reati di cui all'art.4-bis o.p., e sottoponendo, il detenuto non collaborante, ad ulteriori limiti afflittivi superiori a quelli insiti al concetto stesso di pena<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup> Corte Cost. sent. 253 del 2019, par. 7.2 : “La presunzione dell’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, così introdotta nell’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. è assoluta, nel senso che non può essere superata da altro se non dalla collaborazione stessa. Quest’ultima, per i condannati per i delitti ricordati, è l’unico elemento che può consentire l’accesso ai benefici previsti dall’ordinamento penitenziario. È così introdotto un trattamento distinto rispetto a quello che vale per tutti gli altri detenuti.

In questi specifici termini deve essere precisata la precedente giurisprudenza di questa Corte, che ha sostenuto non potersi qualificare questa disciplina come «“costrizione” alla delazione», poiché spetta al detenuto adottare o meno quel comportamento (sentenza n. 39 del 1994).

A ben guardare, l’inaccessibilità ai benefici penitenziari, per il detenuto che non collabora, non è un vero automatismo, poiché è lo stesso detenuto, scegliendo di collaborare, a poter spezzare la consequenzialità della disposizione censurata. L’inaccessibilità ai benefici penitenziari è insomma una preclusione che non discende automaticamente dall’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. «ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo» (sentenza n. 135 del 2003).

Purtuttavia, la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, che incombe sul detenuto non collaborante, è assoluta, perché non può essere superata da altro, se non dalla collaborazione stessa. E, come si chiarirà, è proprio questo carattere assoluto a risultare in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.”

<sup>332</sup> Coste Cost. sent. 253 del 2019, par.8 : “Queste ultime valutazioni vanno sviluppate, e conducono oggi all’accoglimento delle questioni sollevate, nei termini che ora si chiariranno.

Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l’organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria.

Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Ciò sotto tre profili, distinti ma complementari.

La *conditio sine qua non* disposta dall'art.4-bis o.p., va quindi contro i concetti di rieducazione e proporzionalità della pena, in quanto, si sviluppa non già attorno un'ottica premiale, ma, di contro, risulta essere peggiorativa della condizione detentiva del reo<sup>333</sup>.

La Corte, successivamente, fa riferimento al comma 1bis dell'articolo 4-bis o.p. e sottolinea come, “purchè siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva”, i benefici previsti al co.1 del medesimo articolo, possano essere concessi qualora la collaborazione risulti essere impossibile o inesigibile.

Inoltre, al comma 2 dell'articolo, viene affermato che “Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione

---

In un primo senso, perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante.

In un secondo senso, perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.

In un terzo senso, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.”

<sup>333</sup> Corte Cost. sent. 253 del 2019, par. 8.1 : “Ma, alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa, un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presti una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto iuris et de iure quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa.

Il valore “premierale” della collaborazione – che rende immediatamente accessibili tutti i benefici, senza necessità di raggiungere le soglie di pena previste ordinariamente – si giustifica sia considerando che essa è ragionevole indice del presumibile abbandono dell'originario sodalizio criminale, sia in virtù della determinante utilità che ha mostrato sul piano del contrasto alle organizzazioni mafiose.

Del resto, nel più ampio contesto del comportamento intramurale, la collaborazione assume rilievo, oltre che come dimostrazione della rottura con il circuito criminale, anche ai fini della complessiva valutazione dell'iter rieducativo.

Invece, alla luce degli artt. 3 e 27 Cost., l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato.

Come configurata dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., la mancata collaborazione infligge ulteriori conseguenze negative, che non hanno diretta connessione con il reato commesso, ma derivano unicamente, appunto, dal rifiuto del detenuto di prestare la collaborazione in parola, nella sostanza aggravando le condizioni di esecuzione della pena già inflittagli al termine del processo.”

al luogo di detenzione del condannato”; parimenti, al comma 3- bis, è scritto che “L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3.”<sup>334</sup>

La domanda, a questo punto, sorge spontanea e ci si chiede perché tale principio non possa essere esteso anche al caso in cui il condannato decida di restare in silenzio.

Rilevando tale punto cruciale, i giudici della Corte operano un vero e proprio inversione di rotta, affermando che in capo al condannato non collaborante possa essere applicato un regime probatorio rafforzato.

---

<sup>334</sup> Corte Cost. sent. 253 del 2019, par. 9 : “Di un tale regime, anche la versione attualmente vigente dell’art. 4-bis, ordin. penit. mantiene traccia testuale, al comma 1-bis. Infatti, come pure si è detto (supra, punto 7.1 del Considerato in diritto), tale comma estende la possibilità di accesso ai benefici penitenziari ai casi in cui un’utile collaborazione con la giustizia risulti inesigibile, impossibile od «oggettivamente irrilevante», sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6), 114 o 116 cod. pen.

Ma, ancora, per tutte le ipotesi appena indicate occorre che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

L’acquisizione di simili elementi appartiene, come si vede, alla stessa logica cui è improntato l’art. 4-bis ordin. penit. e consente alla magistratura di sorveglianza, attraverso un efficace collegamento con tutte le autorità competenti in materia, di svolgere d’ufficio una seria verifica non solo sulla condotta carceraria del condannato nel corso dell’espiazione della pena, ma altresì sul contesto sociale esterno in cui il detenuto sarebbe autorizzato a rientrare, sia pure temporaneamente ed episodicamente (ordinanza n. 271 del 1992).

In particolare, l’art. 4-bis, comma 2, ordin. penit., prevede che, ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 (perciò, anche del permesso premio), la magistratura di sorveglianza decide non solo sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria ma, altresì, delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente.

È fondamentale aggiungere che, ai sensi del comma 3-bis del medesimo art. 4-bis, tutti i benefici in questione, compreso il permesso premio, «non possono essere concessi» (ferma restando l’autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza: ex multis, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 5 dicembre 2016, n. 51878) quando il Procuratore nazionale antimafia (oggi anche antiterrorismo) o il Procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.(...)”

Il regime probatorio rafforzato ricade, pertanto, in capo al detenuto, determinando un'inversione dell'onere della prova e consistendo non solo nell'allegazione di informazioni che dimostrino l'avvenuto distacco dall'associazione criminale ma anche che scongiurino il rischio di un loro eventuale ripristino<sup>335</sup>.

Problematicità rispetto all'allegazione probatoria si riscontrano nel fatto che il procedimento si svolge in assenza di contraddittorio, effettuabile solo se successivamente proposto reclamo, e che il condannato non è precedentemente a conoscenza delle allegazioni possedute avverse alla sua richiesta, e proprio per questo, difficilmente confutabili entro il termine delle ventiquattro ore.

In seguito all'allegazione probatoria del condannato, alle segnalazioni del Procuratore distrettuale o Procuratore nazionale antimafia ed alle informazioni ricevute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, il magistrato di sorveglianza deciderà sul caso concreto circa la possibilità di concessione dei benefici penitenziari.

A fronte di ciò, la Corte, dunque, dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 1bis dell'art.4-bis o.p. non solo nella parte in cui prevede che i condannati al reato previsto dall'art.416bis c.p. non possono accedere ai benefici penitenziari se non a fronte di una collaborazione ai sensi dell'art.58ter o.p., ma, tale dichiarazione di illegittimità si estende anche nei confronti di

---

<sup>335</sup> Corte Cost. sent. 253 del 2019, par. 9 : “(...)Il regime probatorio rafforzato, qui richiesto, deve altresì estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali. Si tratta, del resto, di aspetto logicamente collegato al precedente, del quale condivide il carattere necessario alla luce della Costituzione, al fine di evitare che il già richiamato interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis ordin. penit., finisca per essere vanificato.

Di entrambi tali elementi – esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino – grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione (come stabilisce la costante giurisprudenza di legittimità maturata sul comma 1-bis dell'art. 4-bis, ordin. penit., in tema di collaborazione impossibile o inesigibile: ex plurimis, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenze 13 agosto 2019, n. 36057, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044).

La magistratura di sorveglianza deciderà, sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti, prima ricordate; con la precisazione che – fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale (art. 4-bis, comma 3-bis, ordin. penit.) – se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno (in tal senso, già Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 12 maggio 1992, n. 1639).”

soggetti condannati per aver usufruito delle condizioni previste dall'articolo suddetto ovvero per aver facilitato le attività delle associazioni a delinquere in esso previste.

A pochi giorni dalla pronuncia di tale sentenza e, in particolar modo, con la pronuncia 263 del 2019<sup>336</sup>, la Corte Costituzionale ha percorso un'ulteriore tappa fondamentale in tema di ostatività.

È stato, infatti, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 co. 3 d.lgs. 121 del 2018 affermando che i commi 1 e 1-bis dell'art.4-bis o.p. non possano essere applicati ai condannati minori di età per la concessione delle misure penali della comunità, di cui al comma 1 del predetto articolo, e dei permessi premio<sup>337</sup>.

La sentenza 263 del 2019 presenta, a differenza della pronuncia preventivamente analizzata, un punto di svolta ancora più drastico in quanto caduca totalmente la possibilità di una presunzione, seppur relativa, della pericolosità sociale del reo.

Si evince, allora, come la sentenza 253 del 2019 sia stata fondamentale tanto per il progredire del sistema penale verso una sempre più umanitaria visione del reo e del trattamento penitenziario, quanto abbia svolto il ruolo di precursore per altri fondamentali pronunce.

I principi, costituzionalmente disposti, di rieducazione, individualizzazione del trattamento penitenziario e miglioramento e progressione comportamentale non possono restare ancorati ad automatismi penitenziari, dovendo concedere anche al permesso premio la possibilità di spiegare la propria funzione pedagogica; del resto, è lo stesso sistema penale ad essere incentrato sulla logica del punire il soggetto errante per poi rieducarlo e favorire nuovamente il suo ingresso in società.

---

<sup>336</sup> Corte Cost. sent. 6 dicembre 2019, n.263.

<sup>337</sup> Art.2 commi 1,2 e 3 d.lgs.121 del 2018 : “Sono misure penali di comunità l'affidamento in prova al servizio sociale, l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, la detenzione domiciliare, la semilibertà, l'affidamento in prova in casi particolari.

Le misure penali di comunità sono disposte quando risultano idonee a favorire l'evoluzione positiva della personalità, un proficuo percorso educativo e di recupero, sempre che non vi sia il pericolo che il condannato si sottragga all'esecuzione o commetta altri reati. Tutte le misure devono prevedere un programma di intervento educativo.

Fermo quanto previsto all'articolo 1, comma 1, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno si applica l'articolo 4-bis, commi 1 e 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

Sul solco delle precedenti decisioni , interviene da ultimo l’Ordinanza n.97 del 2021 della Corte Costituzionale<sup>338</sup> che, pur lasciando intendere una completa adesione al sospetto di incostituzionalità della norma incriminata , per come sollevato dal remittente giudice di legittimità, ha differito al 10 maggio 2022 la trattazione delle questioni , concedendo , così , al Parlamento un congruo termine per affrontare comodamente la querelle attraverso un auspicabile intervento legislativo .

È un chiaro segnale che quindi viene dato al legislatore affinché intervenga per armonizzare e conciliare, da una parte , le esigenze di difesa sociale, con l’insopprimibile principio della funzione risocializzante della pena , dall’altro , e quindi operare una sensibile riforma che , per niente facile , tracci dei rigorosi parametri di valutazione che diano alla magistratura di sorveglianza la possibilità di operare delle scelte decisorie che garantiscano comunque un attento controllo sul sistema di “ ravvedimento “ per evitare possibili speculazioni .

Certamente , il legislatore , in tale arduo compito , non può non tenere in considerazione gli importanti rilievi interpretativi scaturenti dalla Sent. 253 del 2019.

---

<sup>338</sup> Corte Cost., ordinanza n. 97 del 2021.

### CAPITOLO III

#### **Aldilà dello *ius puniendi*: tra sensibilizzazione a un trattamento umanitario del reo e minacce di involuzione**

##### **1.L'importanza del Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti inumani o degradanti**

Alla repressione delle condotte, previste dall'art. 3 CEDU, viene data una più profonda tutela, a livello sovranazionale, dalla Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti; la Convenzione è stata adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, ed è stata adottata nel suo testo definitivo dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 26 Giugno 1987, entrando in vigore nel Novembre del 1989<sup>339</sup>.

La Convenzione, può essere definita come il punto d'arrivo di un lungo percorso sovranazionale di tutela dei diritti umani, che si svolge in modo del tutto originale ed atipico rispetto agli ordinari mezzi di tutela.

Il testo della Convenzione, infatti, non prevede al suo interno norme sostanziali volte alla repressione delle condotte suddette, bensì, norme procedurali; viene, infatti, istituito, un Comitato ad hoc a cui viene conferito un raggio di azione molto ampio, volto al monitoraggio ed alla repressione, su tutto il suolo dell'Unione Europea, delle condotte descritte dall'art. 3 CEDU<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Con la Raccomandazione n. 971 del 1983, l'Assemblea Consultiva del Consiglio d'Europa, incentivava il Comitato dei Ministri a stilare ed adottare un progetto di articoli inerente la protezione dei soggetti detenuti dalla possibilità di subire torture o trattamenti e pene inumane o degradanti. La Convenzione, è stata adottata il 26 Giugno 1987 e l'apertura per l'apposizione della relativa firma si è avuta il 26 Novembre 1987; la Convenzione, firmata da tutti i ventuno stati allora appartenenti al Consiglio d'Europa, è entrata in vigore nel Novembre del 1989. Attualmente, la Convenzione, vincola ed è applicata da tutti i 47 stati appartenenti al Consiglio d'Europa la Convenzione vincola tutti i 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa. Per approfondimenti storici circa il percorso che ha portato alla nascita della Convenzione, si faccia riferimento al Rapporto esplicativo alla Convenzione; D. MALCOLM EVANS, R. MORGAN, *Preventing torture – A study of the European Convention for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*; A. CASSESE, "A new Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture".

<sup>340</sup> Ai sensi dell'art.1 della Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, è stabilito che: "È istituito un Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (qui di seguito denominato: «il Comitato»). Il Comitato esamina, per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti."

L'orientamento che sta alla base dell'istituzione del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT), si esplica nella convinzione che le condotte di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, si riducano, fino ad esaurirsi del tutto, sapendo che i luoghi detentivi, e non solo, di tutta l'Unione Europea, sono sottoposti a visite e controlli non preannunciati da parte dell'organo istituito dalla Convenzione.

Il raggiungimento di tale obiettivo è reso possibile grazie ad una facoltà concessa dalla Convenzione al Comitato, ovvero, di poter effettuare sopralluoghi, in tutti gli Stati membri, nei luoghi in cui si svolge la vita di un soggetto privato della propria libertà personale ad opera di un'Autorità pubblica<sup>341</sup>.

La necessità di adottare strumenti di tutela dei diritti umani più efficienti, si è avuta a partire dagli anni '70, periodo in cui risultavano essere inefficaci, soprattutto nell'ambito della lesione dei diritti a seguito dello stato detentivo<sup>342</sup>, i già presenti mezzi convenzionali.

Già a partire dagli anni '70, poi, è emersa in modo più definito la consapevolezza dell'insufficienza anche degli strumenti convenzionali e di risoluzione giudiziaria delle violazioni dei diritti umani, specialmente nel campo delle violazioni subite dai soggetti in stato di detenzione.

Tali violazioni, possono essere spiegate alla luce dell'inadeguatezza dei mezzi risarcitori in ambito di lesione dei diritti umani, della "paura" e delle difficoltà per le vittime di far emergere le condotte di maltrattamento, avendo il timore di una personale ripercussione ed infine per un'impossibilità di procedere ex officio,

---

<sup>341</sup> Ai sensi degli artt. 2 e 3 della Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti è disposto che: "Ciascuna Parte autorizza il sopralluogo, in conformità con la presente Convenzione, in ogni luogo dipendente dalla propria giurisdizione nel quale vi siano persone private di libertà da un'Autorità pubblica" e che "Il Comitato e le Autorità nazionali competenti della Parte interessata cooperano in vista dell'applicazione della presente Convenzione".

<sup>342</sup> Cfr. G. PIGHI, *La convenzione europea per la prevenzione della tortura*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, pp. 1643-1662, in cui l'Autore sottolinea come il limite presente nel procedimento innanzi alla Corte Europea risiede nel fatto dell'iniziativa del danneggiato, non dando, quindi, ai soggetti deboli, sufficiente tutela per le condotte subite.

essendo, l'azione di tutela, legata obbligatoriamente all'iniziativa dello stato o di una parte ricorrente<sup>343</sup>.

L'idea di istituire un organo sovranazionale che abbia libero accesso agli istituti penitenziari e diretto contatto con i detenuti, si è sviluppata a seguito dell'istituzione del Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR) istituito nel 1863 con base nella Convenzione internazionale di Ginevra sul diritto umanitario delle vittime di guerra<sup>344</sup>.

Il Comitato europeo contro la tortura ha diverse analogie con il Comitato Internazionale della Croce Rossa, ma, si differenzia per la portata del raggio di azione.

Infatti, ai sensi dell'art.2 della Convenzione in questione, il Comitato ha operatività e competenza di visitare gli istituti detentivi di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa; al contrario, il CICR ha il limite di poter visitare e tutelare solo i prigionieri e le vittime di guerra, in quanto, contrariamente, necessiterebbe di un apposito accordo con il governo dello Stato in questione.

Il CPT opera in tempo di pace ed ha competenza in tutti i luoghi in cui si esplica la vita dei soggetti privati della propria libertà, quindi, sono solo gli istituti penitenziari.

Il Convenzione è interessata, tuttavia, ad evitare eventuali "invasioni di campo", stabilendo che non possa essere effettuati la visita ed il controllo di un posto già sottoposto regolarmente alla competenza operativa esplicita dal CICR<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> M. PALMA, *Dignità e diritti delle persone private della libertà all'alba del nuovo millennio*, in *Italianieuropei*, n. 3, 2008. M. PALMA, *Ristretti e detenuti: la situazione europea*, in *Quest. giust.*, n. 2-3, 2004, pp. 436-452, nel quale si analizzano i tratti essenziali, le problematiche e le prospettive future del sistema europeo di tutela dei diritti dei detenuti.

C. BIANCO, *Dignità della pena e diritti umani: l'apporto del Consiglio d'Europa*, in S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di) *Inchiesta sulle carceri italiane*, Carocci Editore, Roma, 2002.

<sup>344</sup> Il CICR è un'organizzazione neutrale ed indipendente che ha l'obiettivo di tutelare la dignità e la vita delle vittime di guerra, e prestare loro l'aiuto necessario dopo il conflitto armato. Il CICR agisce in contesti di emergenza umanitaria ed ha l'ulteriore scopo di sensibilizzare l'ordinamento internazionale ed i vari ordinamenti interni su tale tematica.

Il CIRC trova il suo fondamento nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che possono essere considerate come le fondamenta dello sviluppo del diritto umanitario internazionale.

<sup>345</sup> Ai sensi dell'art.17 della Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, si prevede che "La presente Convenzione non porta pregiudizio alle

E' proprio grazie a tali meccanismi di azione che viene esplicitata l'idea secondo cui "in Europa un luogo di detenzione non visitabile da parte di un organismo indipendente non può legalmente esistere"<sup>346</sup>.

Siamo ,quindi, davanti ad un "passo rivoluzionario" ed una "felice imprudenza", in quanto, gli Stati firmatari hanno sicuramente avuto grande coraggio a far si che tutti i luoghi detentivi e non solo possano essere sottoposti alla vigilanza di un organo sovranazionale<sup>347</sup>.

È importante, adesso, analizzare il ruolo del CPT in relazione a quello della Corte EDU.

La Corte, infatti, è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale violazione di una delle norme della Convenzione da parte degli Stati membri; invece, il Comitato, agisce perlopiù per il futuro, cercando di prevenire i casi di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

Infatti, qualora il comitato riscontrasse una violazione dell'art.3 CEDU, non ha l'autorità di intervenire, ma, di cooperare instaurando un dialogo basato sullo scambio di raccomandazioni e suggerimenti volti a prevenire e migliorare la tutela dei diritti; il CPT non ha , quindi, l'autorità di condannare e sanzionare gli Stati<sup>348</sup>.

---

norme di diritto interno o agli accordi internazionali che garantiscono una maggiore protezione alle persone private di libertà.

Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come una limitazione o una deroga alle competenze degli organi della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo o agli obblighi assunti dalle Parti in virtù della presente Convenzione.

Il Comitato non effettuerà sopralluoghi nei luoghi che sono visitati effettivamente e regolarmente da rappresentanti o delegati di potenze protettrici o del Comitato internazionale della Croce Rossa ai termini delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e loro Protocolli aggiuntivi dell'8 giugno 1973."

<sup>346</sup> M. PALMA, *Dignità e diritti delle persone private della libertà all'alba del nuovo millennio*, nell'opera citata, l'autore, afferma inoltre che "ciò non dà garanzia assoluta che gli Stati europei non facciano ricorso a detenzioni segrete; [...] significa però che tale ricorso non potrà mai avere legittimità".

<sup>347</sup> A. CASSESE, *Umano disumano: commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Laterza, Bari, 1994, Cap. I. D. MALCOLM EVANS, R. MORGAN, *Preventing torture – A study of the European Convention for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, pp. 140-141.

<sup>348</sup> Si menziona il *Ist General Report* (1989-1990), CPT (91), par.2, in cui il Comitato ha sottolineato che la Corte ha il compito di risolvere la controversia, mentre, il Comitato ha il dovere di prevenire le condotte sanzionate.

La Corte, inoltre, essendo un organo giurisdizionale, ha il compito di interpretare le norme della Convenzione, mentre, il Comitato, nelle sue osservazioni e valutazioni, potrà far riferimento anche ai trattati ed alla giurisprudenza internazionale.

Ulteriore punto di differenza è che la Corte si compone prettamente di giuristi, facendone derivare appunto la relativa funzione giurisdizionale; al contrario, il Comitato, ha un approccio multidisciplinare, essendo composto da tutte le figure di professionisti esperti nel campo della tutela dei diritti umani<sup>349</sup>.

Appare necessario rammentare che il CPT agisce tramite rapporti: in particolar modo, al termine dell'apposita visita, il Comitato, trasmette le sue osservazioni e raccomandazioni allo Stato interessato tramite l'elaborazione di rapporti<sup>350</sup>.

Tuttavia è necessario sottolineare come la competenza del CPT sia rivolta non solo alla redazione di rapporti specifici, ma, si estende anche a rapporti generali annuali; tali rapporti, elaborati solitamente dopo l'espletamento delle visite, mettono in luce le problematiche essenziali che sono state riscontrate.

L'insieme delle osservazioni e delle linee guida elaborate nell'arco delle visite e sopralluoghi effettuati, sono oggetto di una specifica pubblicazione da parte dello stesso Comitato, chiamata appunto CPT standards; quest'ultima costituisce un

---

<sup>349</sup> Ai sensi dell'art.4 della Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, viene stabilito che "Il Comitato si compone di un numero di membri eguale a quello delle Parti. 2 I membri del Comitato sono scelti tra persone di alta moralità, note per la loro competenza in materia di diritti dell'uomo o in possesso di esperienza professionale nei campi di applicazione della presente Convenzione. 3 Il Comitato non può comprendere più di un cittadino dello stesso Stato. 4 I membri partecipano a titolo individuale, sono indipendenti ed imparziali nell'esercizio del loro mandato e si rendono disponibili in modo da svolgere le loro funzioni in maniera effettiva".

<sup>350</sup> Ai sensi dell'art.10 della Convenzione per la prevenzione della tortura, è disposto che: "Dopo ogni sopralluogo, il Comitato elabora un rapporto sui fatti constatati in tale occasione, tenendo conto di ogni osservazione eventualmente presentata dalla Parte interessata. Esso trasmette a quest'ultima il suo rapporto inclusivo delle raccomandazioni che ritiene necessarie. Il Comitato può addivenire a consultazioni con la Parte al fine di suggerire, se del caso, dei miglioramenti per la protezione delle persone private di libertà.

Se la Parte non coopera o rifiuta di migliorare la situazione in base alle raccomandazioni del Comitato, esso può decidere a maggioranza di due terzi dei suoi membri, dopo che la Parte abbia avuto la possibilità di fornire spiegazioni, di effettuare una dichiarazione pubblica a tale proposito."

insieme di regole importantissime, perché basata , appunto, sull'esperienza tangibile degli ispettori e denominata come “giurisprudenza” del CPT<sup>351</sup>.

Il CPT mira, quindi, ad instaurare un continuo dialogo con gli Stati volto al miglioramento delle condizioni detentive dei diversi istituti penitenziari.

I tratti caratterizzanti del modus operandi del Comitato possono essere distinti in prevenzione, cooperazione e riservatezza; tali elementi hanno da sempre caratterizzato l'attività del CPT, risultando, pertanto, opportuna, una loro analisi<sup>352</sup>.

La prevenzione, può essere considerata come il principio cardine sul quale si basa l'attività del Comitato per la prevenzione della tortura e trattamenti inumani e degradanti, in quanto, è identificabile come uno strumento adottato al fine di irrobustire, mediante mezzi preventivi non giudiziari, la tutela del disposto sancito dall'art.3 CEDU.

La logica preventiva si articola nella possibilità, data al Comitato, di effettuare delle visite periodiche nei luoghi in cui gli individui sono privati della loro libertà personale; infatti, al fine di reprimere condotte consistenti in tortura o trattamenti inumani o degradanti, sono state previste delle visite a rotazione da effettuare in tutti gli Stati membri al fine di valutare le criticità o gli avanzamenti sviluppati da ciascuno Stato in tale ambito<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> Il corpus di regole elaborate dal CPT costituisce l'insieme delle principali “norme” sostanziali presenti nei diversi Rapporti Generali annuali. La prima pubblicazione di tali criteri vi è stata nel testo unico del 1999, nel documento denominato “*Substantive Issues*” (CPT/Inf/E 1999).

Dal 2002 si è avuta la definitiva denominazione di “*CPT Standards-substantive sections of the CPT's General Reports*” (CPT/Inf/E 2002), costantemente sottoposti ad aggiornamento, di cui l'ultimo nel 2015.

<sup>352</sup> V. C. N. ROBERT, *Si può o si deve migliorare il carcere? L'attività del Comitato per la Prevenzione della tortura presso il Consiglio d'Europa*, in Antigone. *Quadrimestrale di Critica del Sistema Penale e Penitenziario*, 2009, p. 184.

<sup>353</sup> La Convenzione, non specifica la frequenza precisa con cui gli stati debbano essere sottoposti a visita o controllo, ma, il *Rapporto esplicativo*, prevede che gli stessi debbano esplicitarsi in modo equo tra gli stati.

La prevenzione, dunque, si esplica nell'evidenziare in anticipo le criticità dei diversi sistemi detentivi statali e, successivamente, istituire un dialogo consapevole con lo Stato interessato<sup>354</sup>.

Il Comitato, in occasione della pubblicazione del suo primo Rapporto generale, ha individuato quattro principali linee guida della sua attività preventiva: innanzitutto, il CPT deve far riferimento alle condizioni detentive generali dello Stato in questione così da averne una visione d'insieme; successivamente, il Comitato, deve tener conto del contesto storico e culturale dello Stato cui si trova ad operare; ancora, gli ispettori, devono prospettare, per il Governo interessato, delle misure da realizzarsi a breve termine per porre fine alle criticità riscontrate; infine, il CPT, deve disporre un sistema di tutela più efficace da quello giurisdizionale posto in essere dalla CEDU<sup>355</sup>.

Il principio cooperativo, fa invece riferimento al rapporto di collaborazione che si instaura tra il Comitato e gli Stati parte, in ragion del fatto che questi ultimi "accettano" l'autorità e le visite del CPT.

Il rapporto cooperativo, si differenzia da quello giurisdizionale adottato dalla CEDU, in quanto, si concretizza in confronti, osservazioni e direttive non vincolanti, non comportando, a differenza del primo tipo di tutela, la pronuncia di una sentenza avente forza vincolante o comunque implicante la condanna dello Stato<sup>356</sup>.

Il principio di riservatezza è espressamente sancito dalla Convenzione all'art.11<sup>357</sup>.

---

<sup>354</sup> R. MORGAN, M. EVANS, *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa*, Sapere 2000 edizioni multimediali, Roma, 2002, p. 41.

<sup>355</sup> V. 1° *Rapporto Generale*, cit., §§ 47-51.

<sup>356</sup> 1° *Rapporto Generale*, cit., § 3; *Rapporto esplicativo*, § 20, ove si afferma che "per l'applicazione della Convenzione, il Comitato e lo Stato [...] sono tenuti a cooperare" e che il fine del Comitato si sostanzia nel "migliorare, se necessario, in uno spirito di cooperazione e mediante consigli, la protezione delle persone private di libertà."

<sup>357</sup> Ai sensi dell'art.11 della Convenzione per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti, stabilisce che "Le informazioni raccolte dal Comitato in occasione di una visita, il suo rapporto e le sue consultazioni con la Parte interessata sono riservate. Il Comitato pubblica il suo rapporto ed ogni commento della Parte interessata, qualora quest'ultima lo richieda. Ciò nonostante, nessun dato di natura personale può essere reso pubblico senza il consenso esplicito della persona interessata."

Esso prevede, innanzitutto, la generale prassi della segretezza del Rapporto scritto e del dialogo con il soggetto interessato, conferendo allo Stato la facoltà di decidere se rendere pubblici tali documenti o meno.

Successivamente, l'art.11 della Convenzione prevede che nessun dato di natura personale, di cui gli ispettori sono entrati in possesso nel corso delle visite o sopralluoghi, possa essere reso pubblico senza il consenso della persona interessata.

La riservatezza, dunque, opera a due livelli: il primo, fa riferimento alla concessione agli stati circa la scelta di pubblicare il Rapporto ricevuto dal Comitato; l'altro, invece, fa riferimento al consenso, da parte del soggetto in questione, circa la pubblicazione dei propri dati personali raccolti dagli ispettori.

In ogni caso, al fine della rispettiva procedura, il Rapporto elaborato dagli ispettori viene trasmesso al rispettivo Stato ed in particolare alla Autorità nazionali competenti a riceverlo<sup>358</sup>.

A fronte dell'analisi svolta, si comprende, dunque, l'importanza che il Comitato ha per la tutela dei diritti umani ed in particolare dei diritti dei detenuti, essendo, successivamente necessaria, un'apposita analisi degli indici forniti dallo stesso CPT per prevenire e porre fine alle criticità detentive riscontrate.

---

<sup>358</sup> Ai sensi dell'art.15 della Convenzione per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti, è previsto che "Ciascuna Parte comunica al Comitato il nominativo e l'indirizzo della Autorità competente a ricevere le notifiche indirizzate al suo governo, nonché quelli di ogni agente di collegamento da essa eventualmente designato."

## 1.1 Gli indici della “giusta” detenzione forniti dal CPT

Come precedentemente accennato, il CPT, ha elaborato, durante il corso delle sue ispezioni e tenendo conto delle varie criticità che affliggono i diversi istituti penitenziari, un corpus di linee guida tali da orientare le condizioni detentive cui gli Stati sottopongono le persone private della loro libertà personale.

Il Comitato ha rilevato come l'abbondante normativa europea in tema di detenzione, il più delle volte, non faccia riferimento a circostanze e situazioni specifiche non offrendo, quindi, delle norme dettagliate tali da poter permettere di fronteggiare il caso concreto; il CPT ha, dunque, stabilito, di creare una normativa autonoma basata sulle valutazioni effettuate dagli ispettori nel corso delle varie visite ed effettuando un meticoloso bilanciamento tra le diversità che fanno parte degli svariati sistemi detentivi<sup>359</sup>.

Cominciando dal secondo Rapporto Generale, il CPT, ha assunto la prassi di inserire all'interno dei rendiconti annuali un'apposita sezione dedicata alle principali questione trattate affiancandole a regole e principi cui gli Stati dovrebbero ispirarsi e basarsi per un idoneo trattamento detentivo.

È importante, inoltre, comprendere come il corpus di regole elaborate dal Comitato discende, in realtà, dall'esperienza tangibile delle ispezioni effettuate e quindi dalle criticità riportate all'interno dei Rapporti; si ripropone, in tal modo, il modello del “case law” basato sul precedente giurisprudenziale, successivamente codificato tramite l'elaborazione di regole dettagliate ed inserito all'interno del Rapporto Generale annuale nella sezione ad esso dedicata<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> 1° Rapporto Generale (1989), CPT, 95-96.

Il comitato chiarisce come ,l'elaborazione di un corpus normativo, non fa sì che allo stesso siano attribuiti poteri legislativi, fornendo solamente agli stati delle linee guida non vincolanti per migliorare le diverse condizioni detentive.

<sup>360</sup> V. R. MORGAN, M. EVANS (a cura di), *Protecting Prisoners: the Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in context*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 104 ss.

Le regole redatte dal CPT, in realtà, non fanno altro che mostrare come dovrebbe essere espletata una giusta detenzione, potendo essere, perciò, paragonate, ad un vero e proprio metro di giudizio cui gli ispettori devono far riferimento nel corso delle varie visite ed ispezioni per valutare se vi sia o meno una lesione dei diritti fondamentali; tali regole, quindi, si muovono all'interno di un sottile confine tra quei trattamenti che non comportano un'effettiva lesione dell'art.3 CEDU e ciò che invece risulta essere scorretto ed inadeguato<sup>361</sup>.

È di fondamentale importanza sottolineare come, le regole fornite dal Comitato, non siano assolutamente vincolanti per i diversi Stati, essendo questi liberi di attuarne il contenuto o meno; tuttavia, l'ignoranza di tali parametri, potrebbe comportare per questi ultimi una trasgressione del dovere di cooperazione ed, inoltre, una dichiarazione pubblica.

Le osservazioni e le linee guida fornite dal CPT comportano, sicuramente, una più alta ed attenta tutela dei regimi detentivi e dei diritti fondamentali assicurati agli individui, anche se, lo stesso Comitato, non ha potuto fare a meno di considerare le diversità sociali, culturali ed economiche che contraddistinguono i diversi Stati parte del Consiglio d'Europa, ponendosi l'interrogativo del se applicare indistintamente le norme elaborate o differenziarle in base alle considerazioni suddette.

La soluzione trovata a tale interrogativo, si concretizza, alla luce del principio di cooperazione, nell'applicazione di un modus operandi variabile, consistente nella predisposizione di indistinte linee guide, ma, raggiungibili, attraverso percorsi diversi tenuto conto delle molteplici diversità degli Stati<sup>362</sup>.

La competenza del Comitato si esplica, innanzitutto, dal primo momento in cui il soggetto viene privato della propria libertà personale, ossia, dalla custodia di quest'ultimo da parte di un'Autorità pubblica ovvero delle forze dell'ordine; ed è su

---

<sup>361</sup> V. J. MURDOCH, *The treatment of prisoners - European standards*, cit., p. 45.

<sup>362</sup> V. R. MORGAN, M. EVANS, *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa*, cit., pp. 228- 229.

tale circostanza che, il CPT, si è per primo pronunciato in riferimento alle linee guida da seguire<sup>363</sup>.

All'interno di tale materia vengono ricomprese le ipotesi di detenzione che si contraddistinguono per avvenire all'interno di caserme o commissariati a seguito di fermo, arresto, provvedimento rilasciato dalla Pubblica autorità oppure, infine, disposizione di misura cautelare<sup>364</sup>.

Il fine principale, in questa primissima e differente fase detentiva, è quello di conciliare l'interesse e le esigenze dello Stato con il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo trattenuto; a seguito delle osservazioni pratiche del Comitato è stato, però, rilevato, come questo primo scenario presenti già un elevato rischio di abusi e maltrattamenti, preoccupandosi il CPT di predisporre delle linee guida per la potenziale vittima<sup>365</sup>.

Il Comitato è dunque convinto come l'applicazione di tali regole in materia di custodia dell'individuo possono effettivamente contrastare il verificarsi di condotte ai sensi dell'art.3 CEDU, anzi, molte volte ha ribadito come le stesse norme devono essere considerate vincolanti ed universali<sup>366</sup>.

A tal proposito sono state elaborate, da parte del Comitato, tre garanzie fondamentali consistenti nel diritto di avvisare ed informare un proprio parente dell'avvenuta detenzione, diritto di pronto accesso alla difesa e diritto di effettuare una visita medica<sup>367</sup>; ovviamente, il presupposto della corretta esplicazione di tali garanzie, è

---

<sup>363</sup> D. MALCOLM EVANS, R. MORGAN, *Preventing torture – A study of the European Convention for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, cit., p. 257.

La pubblicazione degli indici elaborati dal Comitato, in materia di custodia da parte delle forze dell'ordine, è avvenuta nel secondo Rapporto Generale del 1991, seguendo poi un aggiornamento nel dodicesimo Rapporto Generale del 2001.

<sup>364</sup> V. R. MORGAN, M. EVANS, *The CPT's standards on police and pre-trial custody*, cit., p. 9

<sup>365</sup> 6° Rapporto Generale (1995), CPT, 15.

<sup>366</sup> R. MORGAN, M. EVANS, *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa*, cit., p. 101. L'Autore afferma, però, che “sebbene la spinta generale di queste norme di salvaguardia sia stata generalmente accettata, la dettagliata prescrizione del CPT ha incontrato enormi ed aperte resistenze degli Stati aderenti”.

<sup>367</sup> 2° Rapporto Generale (1991), CPT, 36.

costituito dal dovere, da parte dell'autorità competente, di informare l'individuo trattenuto circa di diritti suddetti.

La prima delle tre garanzie previste, si concretizza nella possibilità data al soggetto di informare una persona a lui cara dell'avvenuta detenzione e del luogo in cui la stessa si svolge; qualora il detenuto sia straniero, tali informazioni possono avere come mittente l'agente consolare dello Stato di appartenenza<sup>368</sup>.

La garanzia di immediato accesso alla giustizia fa, invece, riferimento, alla possibilità concessa di avere una pronta disponibilità dell'avvocato difensore in modo tale da effettuare un colloquio riservato<sup>369</sup>; la presenza del difensore ha il duplice scopo di dissuadere la polizia dall'effettuare maltrattamenti e di agire appropriatamente se gli stessi siano malgrado già avvenuti<sup>370</sup>.

La terza ed ultima garanzia fa, invece, riferimento, alla possibilità data al soggetto trattenuto di farsi visitare da un medico da lui scelto, anche affinché lo stesso possa effettivamente rendersi conto se siano stati effettuati maltrattamenti o meno, e di sottoporsi ad esami medici ordinati dalle forze dell'ordine.

Il CPT, si è inoltre preoccupato di stabilire che la permanenza nella cella di polizia deve essere il più breve possibile e che la dimensione della stessa deve essere pari a 7 mq di superficie totale con uno spazio di almeno 2 metri tra i muri e 2,5 metri considerando l'altezza<sup>371</sup>.

Il CPT ha fornito, inoltre, delle precise indicazioni anche riguardo le diverse fasi dell'indagine e dell'interrogatorio.

---

<sup>368</sup> 12° Rapporto Generale (2001), CPT, 43.

<sup>369</sup> 21° Rapporto Generale (2010-2011), CPT, 23.

<sup>370</sup> 6° Rapporto Generale (1995), CPT, 15.

<sup>371</sup> Effettivamente, il rispetto di tali parametri, si è rivelato di difficile applicazione cosicché il Comitato ha accettato nella prassi anche l'adozione di celle più piccole.

V. R. MORGAN, M. EVANS, *Combattere la tortura nei luoghi di detenzione in Europa*, cit., pp. 120-121.

Per quanto riguarda le indagini si è affermata la necessità di tenere in modo corretto ed accurato i registri di custodia, anzi, il Comitato, ha da sempre incoraggiato la messa in atto di un registro unico e globale al fine di attuare un migliore controllo ed una migliore prevenzione di possibili abusi e maltrattamenti.

È indispensabile che per ogni soggetto arrestato, fermato ma anche solo interpellato dalle forze dell'ordine nelle rispettive strutture, sia predisposto un registro che contenga tali informazioni essendo, quindi, un indispensabile strumento cui il difensore può accedere per verificare la legittimità e la trasparenza dell'operato<sup>372</sup>; sono stati, infatti, molti, i casi in cui sono state riscontrate delle violazioni e delle illegali procedure proprio durante le indagini<sup>373</sup>.

Per quanto concerne, invece, l'interrogatorio, sono state con precisione elaborate delle norme volte a regolare il *modus operandi* e le finalità cui tale atto deve tendere al fine di ricercare le informazioni idonee alla ricostruzione del fatto-reato; è stata, quindi, disciplinata, la durata massima dell'interrogatorio, il luogo in cui esso si svolge, le persone che vi devono presenziare e le pause e i riposi dovuti<sup>374</sup>.

La detenzione presso gli istituti penitenziari rappresenta l'ambito in cui, più di tutti, il Comitato si è impegnato a fornire regole dettagliate e ciò è desumibile dal fatto che la detenzione carceraria rappresenta la forma più ampia di privazione della libertà personale esponendo, quindi, il detenuto al rischio di subire maggiori abusi.

È indispensabile, in tema di detenzione carceraria, fare innanzitutto riferimento al settore della tutela della salute e a come il CPT abbia ampiamente disciplinato in materia all'interno del terzo Rapporto Generale<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> 2° Rapporto Generale (1991), CPT, 40.

<sup>373</sup> 12° Rapporto Generale (2001), CPT, 37 ss.

<sup>374</sup> 2° Rapporto Generale (1991), CPT, 39.

<sup>375</sup> 3° Rapporto Generale (1992), CPT, Sezione III: "Servizi di assistenza sanitaria in carcere".

Competente circa l'analisi delle faccende mediche risulta essere il sotto-gruppo medico del CPT. A tal proposito, far riferimento al 25° Rapporto Generale (2015), CPT, 22.

I principi sanitari elaborati dal Comitato, sono stati successivamente rilanciati all'interno delle nuove Regole Penitenziarie europee (2006).

D. RONCO, *La tutela della salute nelle prigioni europee*, in *Antigone*, n. 2/2014, pp. 224-235.

Il settore sanitario risulta, qui, essere di grande importanza, in quanto, un'eventuale carenza dei servizi minimi di cura garantiti al detenuto possono comportare la produzione di un trattamento inumano e degradante; alla luce di ciò risulta, quindi, essere indispensabile il ruolo svolto dal Comitato, che da sempre si è impegnato a redigere una serie di linee guida e regole per migliorare sempre più questo ramo fondamentale<sup>376</sup>.

La tutela dei diritti sanitari garantiti ad ogni detenuto, si esplica dal momento dell'entrata in carcere dello stesso, il quale, viene sottoposto ad una dettagliata visita da parte del personale medico competente; questa visita presenta il fine di elaborare il quadro medico generale del soggetto interessato e di segnalare eventuali patologie.

La possibilità di avere accesso al medico, deve essere data durante tutta la detenzione ed in qualsiasi momento della stessa, indipendentemente, quindi, dal regime carcerario predisposto in quel dato momento; inoltre, è stabilito che la richiesta medico-sanitaria effettuata dal detenuto deve essere riservata e quindi non accessibile da parte del personale non sanitario dell'istituto<sup>377</sup>.

Per quanto concerne, invece, le patologie psichiatriche, è previsto che una volta che le stesse siano state correttamente diagnosticate, il detenuto, debba essere prontamente trasferito nel settore psichiatrico dell'istituto così da non mettere in pericolo la sua incolumità personale<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> *Ivi*, 30. Così, il Comitato ha disposto che “I servizi di assistenza sanitaria per le persone private della propria libertà costituiscono materia di diretta pertinenza al mandato del CPT. Un livello inadeguato di assistenza sanitaria può portare rapidamente a situazioni che ricadono nella sfera del termine “trattamenti inumani e degradanti”. Inoltre, il servizio di assistenza sanitaria in un dato istituto può potenzialmente giocare un ruolo importante nel combattere i maltrattamenti, sia negli istituti che altrove (in particolare nelle stazioni di polizia). Per di più, è in grado di dare un impatto positivo sulla qualità complessiva della vita negli istituti nei quali opera”.

<sup>377</sup> *Ivi*, 34. La regola dispone che “Un servizio di assistenza sanitaria in un carcere dovrebbe almeno essere in grado di fornire regolari consulti esterni e interventi d'urgenza (naturalmente, in più può esserci spesso un'unità di tipo ospedaliero con letti). I servizi di un dentista qualificato dovrebbero essere disponibili per ogni detenuto. Inoltre, i medici del carcere dovrebbero essere in grado di richiedere i servizi di specialisti.”

<sup>378</sup> *Ivi*, 41.

Da quanto esaminato si può facilmente notare come, dalle regole predisposte in materia, discendano, in capo al detenuto, due diritti fondamentali: il primo in riferimento alla possibilità di rifiutare le cure senza prima aver preso visione della rispettiva cartella clinica<sup>379</sup> ed il secondo inerente alla riservatezza, considerata come dovere e segreto professionale da esplicitarsi nei confronti del paziente detenuto.

Il Comitato ha elaborato, inoltre, in capo al detenuto, ulteriori regole e diritti che devono essere garantiti tenendo conto del regime detentivo applicato, facendo in particolar modo riferimento alle sezioni di alta sicurezza e all'applicazione dell'isolamento.

Le tre garanzie fondamentali esplicate in tale campo si sostanziano nel fatto di garantire al detenuto un trattamento conforme ai diritti dell'uomo, nell'assicurarli tutti i diritti che non siano venuti meno in seguito alla condanna ed, infine, di ridurre le restrizioni, imposte in regime detentivo, al minimo necessario e comunque applicandole proporzionalmente rispetto ai fini perseguiti dalle stesse<sup>380</sup>.

Per quanto riguarda il primo dei regimi citati, ovvero, quelli ad alta sicurezza, è stato osservato che “il bisogno di assumere misure eccezionali nei confronti dei detenuti porta con sé un maggior rischio di trattamenti inumani”<sup>381</sup> e proprio per tale motivazione, è stato disposto che la severità di tale disposizione deve comunque poter permettere, al soggetto interessato, l'incontro con altri detenuti e l'accesso alle varie attività penitenziarie.

Volgendo lo sguardo, ora, all'isolamento, è bene precisare che tale condizione detentiva rappresenta la misura maggiormente restrittiva; a fronte di ciò, il Comitato, ha disposto che l'applicazione del regime qui considerato debba avvenire solo in

---

<sup>379</sup> *Ivi*, 46. La regola dispone che “Ogni paziente capace di discernimento è libero di rifiutare la cura o ogni altro intervento medico. Ogni deroga a questo principio fondamentale deve essere fondata legalmente e legata solo a chiare e strettamente definite circostanze eccezionali che siano applicabili alla totalità della popolazione.”

<sup>380</sup> Racc. (2006) n.2 da parte del Comitato dei Ministri rivolto agli Stati membri in merito alle Regole Penitenziarie Europee, Parte I, “Principi fondamentali”, n.1, 2, 3.

<sup>381</sup> *11° Rapporto Generale (2001)*, CPT, 32.

presenza di seri rischi per la generale sicurezza carceraria e cessare, di conseguenza, quanto tali rischi siano venuti meno.

La Corte EDU è stata, più volte, chiamata a pronunciarsi circa la conciliabilità del regime detentivo dell'isolamento e le condotte vietate dall'art.3 CEDU; è stato sottolineato come, il mancato contatto con altri detenuti, non integri di per sé gli estremi di una condotta che possa essere considerata inumana o degradante<sup>382</sup>.

Tuttavia, il CPT, ha previsto che le garanzie, in tema di applicazione dell'isolamento, devono consistere nel minimizzare, quanto più possibile, il ricorso a tale misura e disciplinare in modo chiaro i requisiti e le modalità per la sua applicazione e per il suo svolgimento<sup>383</sup>.

Innanzitutto, è importante precisare che la misura restrittiva in questione può essere disposta o dall'autorità giudiziaria, al fine di meglio tutelare le indagini qualora le stesse possano essere compromesse dalla libertà data al detenuto di socializzare in carcere, o dall'Amministrazione penitenziaria come la più grave sanzione applicata per la violazione delle prescrizioni interne all'istituto<sup>384</sup> ed infine dall'amministrazione carceraria a titolo di misura preventiva, qualora la pericolosità del detenuto possa ledere l'equilibrio e la sicurezza della popolazione carceraria.

Inoltre, ai fini dell'applicazione dell'isolamento, devono essere meticolosamente valutati criteri come la proporzionalità, la necessità, la legittimità, la registrazione di tutti i processi decisionali che portano all'adozione ed allo sviluppo di tale regime ed, infine, il carattere non discriminatorio di tale misura in modo da non accanirsi nei confronti di un solo detenuto o di un gruppo di essi<sup>385</sup>.

Ai detenuti in regime di isolamento devono essere, poi, garantiti, i servizi minimi di igiene, cibo e spazi ed, inoltre, la previsione di una visita medica non appena abbia

---

<sup>382</sup> Corte e.d.u, sent. Öcalan c. Turchia, del 12 Maggio, 2005, par. 191.

<sup>383</sup> 21° *Rapporto Generale (2010-2011)*, CPT, 64.

<sup>384</sup> 21° *Rapporto Generale*, cit., 56, lett. b).

<sup>385</sup> 21° *Rapporto Generale (2010-2011)*, CPT, 55.

inizio la misura e comunque giornalmente, in modo tale da accertare la presenza di qualsiasi problematica<sup>386</sup>.

Oltre ai contesti già esaminati, il Comitato, si è interessato, anche, di porre delle chiare e precise regole inerenti alle condizioni detentive materiali; infatti, nella maggior parte dei casi in cui si è stata riscontrata una violazione dell'art.3 CEDU, vi era alla base una carenza di tal genere<sup>387</sup>.

Nello specifico, il detenuto, deve poter avere accesso ai servizi igienici, i quali, possono essere collocati esternamente o internamente alla cella, ma, in quest'ultimo caso, opportunamente divisi dal resto della stessa; è stata respinta l'idea che i detenuti possono alloggiare in grandi dormitori avendo, così, diritto ad una cella da condividere con un numero adeguato di altri individui e potendo, comunque, impegnare la maggior parte delle ore giornaliere in attività al di fuori della stessa; le celle devono, inoltre, avere accesso all'aria ed alla luce naturale ed essere riscaldate in modo adeguato<sup>388</sup>.

Il CPT ha anche disposto che la cella debba possedere un tavolo, un armadietto ed una sedia ed assicurare letti e biancheria ed essere, inoltre, materialmente posizionata in modo da consentire una continua sorveglianza<sup>389</sup>.

Bisogna, per ultimo, concentrarsi, sugli indici forniti dal CPT in tema di spazio minimo garantito al detenuto in riferimento alla problematica del sovraffollamento carcerario che, come analizzato nel precedente capitolo, è stata una criticità che ha interessato in prima linea lo Stato italiano ed ha comportato, più volte, la lesione

---

<sup>386</sup> 21° *Rapporto Generale*, cit., 63. È stato disposto che la visita giornaliera non debba avvenire solo da parte del medico competente, ma anche da parte del direttore dell'istituto in modo da monitorare costantemente le condizioni del detenuto.

<sup>387</sup> 2° *Rapporto Generale (1991)*, CPT, 44: “ I maltrattamenti possono assumere numerose forme, molte delle quali possono non essere intenzionali, ma piuttosto il risultato di mancanze/difetti organizzative o di risorse inadeguate”.

<sup>388</sup> 11° *Rapporto Generale (2001)*, CPT, 30. “L'accesso alla luce e all'aria sono elementi fondamentali della vita dei quali ogni detenuto ha diritto di godere; inoltre, l'assenza di questi elementi genera condizioni favorevoli al diffondersi di malattie e in particolare della tubercolosi”

<sup>389</sup> P. GONNELLA, *La tortura in Italia – Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, Roma, 2013, p . 86.

dell'art.3 CEDU; la mancanza di spazio personale minimo e, quindi, di conseguenza, la condivisione di un ristrettissimo spazio con altri detenuti, comporta sicuramente la sottoposizione dell'individuo ad un trattamento inumano e degradante che può sfociare, in alcuni casi, nell'adozione di scelte tragiche quali l'auto soppressione.

Il Comitato, nel corso delle sue varie ispezioni, ha definitivamente riunito le sue osservazioni all'interno di un solo ed unico documento denominato "Spazio disponibile per i detenuti negli stabilimenti carcerari", pubblicato a Dicembre del 2015<sup>390</sup>.

Gli spazi minimi garantiti per ogni detenuto, elaborati dal CPT, devono essere pari a 6 mq nel caso di cella individuale, 4 mq in caso di cella condivisa, 2 metri tra le pareti e 2,5 metri di altezza precisando, inoltre, che tali misure non includono i servizi igienici collocati presso la stessa cella<sup>391</sup>.

Dall'analisi svolta in tale paragrafo e dalla comprensione dell'importanza del ruolo svolto dal Comitato nell'elaborazione di dettagliatissimi indici per la prevenzione di abusi e maltrattamenti, si comprende, allora, come la tutela dei diritti dell'individuo e la garanzia di un'umana detenzione siano costantemente al centro del dibattito nazionale e sovranazionale.

---

<sup>390</sup> Gli standard delineati dal CPT si applicano, tuttavia, alle sole celle collocate presso le carceri e non a quelle, invece, situate presso la polizia, il centro per immigrati e gli edifici psichiatrici.

<sup>391</sup> "Spazio disponibile per i detenuti negli stabilimenti carcerari", 10-11.

## **2. Il regime di massima sorveglianza previsto dall'art.41-bis o.p. e il conflitto con l'umanità e la dignità del detenuto**

Ulteriore tematica su cui si è ampiamente discusso, riguarda, la compatibilità delle garanzie di un'umana e dignitosa detenzione e del rispetto dei diritti dell'individuo con il regime di massima sorveglianza previsto dall'art.41bis o.p.

In particolar modo, il fulcro del dibattito, si è avuto in considerazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ovvero, ci si è chiesti se il regime previsto dall'art.41bis o.p. potesse comportare o meno delle violazioni di quest'ultima.

Dai vari commi disposti dall'art.41.bis o.p., si comprende, appieno, l'estrema rigidità di tale misura, infatti, il comma 2 dell'articolo in questione dispone che la misura deve essere applicata fino a quando non siano stati raggiunti gli obiettivi di sicurezza richiesti<sup>392</sup>.

Per quanto concerne, invece, le modalità concrete di svolgimento di tale regime, e quindi gli aspetti prettamente procedurali, questi sono previsti dal comma 2quater; in particolar modo si evince, subito, una forte rigidità consistente sia nell'isolamento del detenuto in appositi edifici, ma anche nelle limitazioni previste riguardo al numero di colloqui effettuabili ed alla possibilità di interagire con altri detenuti.

Particolari problemi hanno sollevato le c.d. 'aree riservate' cui, i detenuti sottoposti al regime del 41bis, devono essere trasferiti; si tratta di luoghi isolati dalla restante parte della popolazione carceraria, in ragione del fatto che sono adibiti ad ospitare soggetti particolarmente influenti all'interno dell'istituto penitenziario e perciò pericolosi, come i boss d'eccellenza.

---

<sup>392</sup> Ai sensi dell'art.41bis co.2 o.p. "(...)La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente(...)."

Tuttavia, “l’ospite” di tali strutture non è totalmente isolato, ma, viene individuato un soggetto tenuto a fargli compagnia e quindi a consentirgli di mantenere quel minimo di socialità garantita.

Questo aspetto ha, però, suscitato grandi ed argomentate perplessità<sup>393</sup>; infatti, il problema consiste nel fatto che tali aree riservate sono concretamente esistenti, senza, tuttavia, avere un proprio fondamento giuridico, non essendovi alcuna loro traccia in nessuna disposizione giuridica, trattasi di una legge o di un regolamento.

Ulteriore problematica riguarda l’aspetto della socialità ed, in particolar modo, il fatto che quest’ultima si restringe a soli due individui considerando, in aggiunta, che il soggetto tenuto a fare compagnia è portato nell’istituto riservato solo per fini di sicurezza, essendo, quindi, in qualche modo, strumentalizzato<sup>394</sup>.

Le criticità inerenti i diversi aspetti del regime previsto dall’art.41bis o.p., hanno, nel tempo, provocato la presentazione di svariati ricorsi dinnanzi alla Corte Europea dei diritti dell’uomo<sup>395</sup>.

Si discute, infatti, circa la compatibilità tra il regime differenziato previsto dall’articolo in questione e le norme della CEDU; nonostante tale interrogativo, è stato sancito, però, che la misura prevista dall’art.41bis non sia di per sé in contrasto con l’art.3 della Convenzione.

Nonostante quanto appena affermato, è però il caso di evidenziare che, seppur non integrante una condotta inumana o degradante, l’applicazione del regime suddetto può comunque comportare, nel caso concreto, una violazione degli altri diritti

---

<sup>393</sup> M. PALMA, *Il regime del 41-bis visto da Strasburgo e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura*, in F. CORLEONE- A. PUGGIOTTO (a cura di), *Volte e maschere della pena*, cit., p.171; nonché C. FIORIO, *L’isola che non c’è: ‘area riservata’ e art. 41-bis o.p.*, in *Giur. It.*, 2014, p.2862.

<sup>394</sup> La Cassazione, tuttavia, ha affermato che le aree riservate non incidono in alcun modo sui diritti dei detenuti. Cass., Sez. VII, 15 ottobre 2013, n. 6152, in C.E.D. Cass., n. 257888; Corte EDU, 22 settembre 2009, *Madonia c. Italia*.

<sup>395</sup> C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis o.p. e la sua applicazione dell’ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, p. 197; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, n. 1, p. 221 ss.

fondamentali disciplinati dalla Convenzione come, ad esempio, il diritto alla vita privata e familiare ed alla corrispondenza sancito dall'art.8.

In particolar modo, per quanto riguarda quest'ultimo profilo, ovvero il diritto alla corrispondenza, vi sono state diverse pronunce della Corte EDU che hanno comportato una condanna dello Stato italiano<sup>396</sup> anche perché è la stessa Costituzione a disporre, all'interno dell'art.15<sup>397</sup>, il principio della segretezza della corrispondenza, facendone derivare la condizione che eventuali limitazioni possono essere applicate solo se discendenti da un atto motivato dall'autorità giudiziaria.

Ulteriori condanne<sup>398</sup> per l'Italia sono poi scaturite dalla lesione, da parte dell'applicazione del regime in questione, degli artt. 6<sup>399</sup> e 13<sup>400</sup> della Convenzione; nello specifico, la Corte, è stata chiamata a pronunciarsi sul ritardo, effettuato da

---

<sup>396</sup> Corte EDU, 26 ottobre 2001, Di Giovine c. Italia, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 496; Corte EDU, Grande Chambre, 6 aprile 2000, Labita c. Italia, *ibidem*, 2000, p. 284; Corte EDU, 28 dicembre 2000, Messina c. Italia, *ibidem*, p. 532.

<sup>397</sup> Ai sensi dell'art.15 Cost. "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge."

<sup>398</sup> Corte EDU, 4 marzo 2008, Papalia c. Italia, parr. 27-34; Corte EDU, 7 luglio 2008, Ascitto c. Italia, parr. 34-42; Corte EDU, 10 febbraio 2006, Argenti c. Italia, parr. 43-45.

<sup>399</sup> Ai sensi dell'art.6 CEDU "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza."

<sup>400</sup> Ai sensi dell'art. 13 CEDU "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali."

parte del tribunale di sorveglianza, circa la risposta in merito al reclamo proposto dal detenuto.

La Corte EDU ha, in tema di violazione degli articoli suddetti, pronunciato due importanti sentenze, le quali, hanno sancito il principio secondo cui l'autorità giudiziaria non può, in alcun caso, venire meno al suo obbligo di pronunciarsi sul merito di un ricorso e ciò in quanto è lo stesso detenuto ad averne interesse personale e giuridico<sup>401</sup>.

Ulteriore problematica è stata poi riscontrata nell'ambito della protrazione, del regime di massima sorveglianza, in capo a detenuti anziani e con un quadro clinico critico; a tal proposito, è stato affermato che “le condizioni di detenzione di una persona malata devono garantire la tutela della sua salute, tenuto conto delle ordinarie e ragionevoli contingenze della carcerazione... se non è possibile dedurne un obbligo generale di rimettere in libertà o di trasferire in un ospedale civile un detenuto, anche se quest'ultimo soffre di una malattia particolarmente difficile da curare, l'articolo 3 della Convenzione impone comunque allo Stato di proteggere l'integrità fisica delle persone private della libertà.”<sup>402</sup>

Emblematico, all'interno di tale trattazione, appare essere la condanna disposta dalla Corte EDU nei confronti dell'Italia per violazione dell'art.3 della Convenzione; nel caso di specie, non era stato disapplicato, a pochi mesi dal decesso, il regime di massima sorveglianza nei confronti del boss Bernardo Provenzano, in quanto, vi era stata una superficiale analisi del peggioramento delle funzioni cognitive dello stesso<sup>403</sup>.

I giudici di Strasburgo, nel caso di specie, hanno valutato come non sia stata data la dovuta importanza all'età del detenuto ed alla depressione clinicamente diagnosticata, comportandone un trattamento contrario ai principi sanciti dalla nostra Costituzione e, quindi, inumano e degradante.

---

<sup>401</sup> Corte e.d.u, sent. 30 gennaio 2004, Ganci c. Italia, parr. 15-20; Corte EDU, 14 ottobre 2004, Ospina-Vergas c. Italia, par. 32.

<sup>402</sup> Corte e.d.u, sent. 17 settembre 2009, Enea c. Italia.

<sup>403</sup> Corte e.d.u, sent. 25 settembre 2016, Provenzano c. Italia.

A fronte della trattazione svolta è opportuno, infine, ribadire, come nonostante talune criticità e perplessità inerenti al regime previsto dall'art.41bis, questo non sia considerato contrario alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tale assunto viene affermato all'interno del caso Paoletto c. Italia<sup>404</sup>; in questa sentenza, i giudici di Strasburgo, affermano come il regime differenziato, disposto dall'articolo più volte citato, non sia direttamente in contrasto con i principi cedu, infatti, la violazione di questi ultimi, può derivare, solamente, dall'applicazione di tale misura nel caso concreto, ovvero, qualora le modalità di svolgimento travalichino i limiti stabiliti dall'art.3 CEDU<sup>405</sup>.

Tuttavia, ricadrà sempre in capo al detenuto l'onere di provvedere all'allegazione delle prove a sostegno dei maltrattamenti subiti, altrimenti, il ricorso, sarà valutato dalle Corte EDU come irricevibile.

Il regime previsto dall'art.41bis o.p. è stato dichiarato, quindi, compatibile con la Convenzione e ciò soprattutto per perseguire i fini e gli obiettivi di sicurezza richiesti, in quanto, i soggetti a cui viene applicato possono essere considerati come criminali d'eccellenza e, soprattutto, persone molto influenti in grado di rompere gli equilibri interni agli istituti penitenziari.

Tuttavia, il sempre più acceso e recente dibattito sulla tutela dei diritti umani e sull'espiazione umana della pena, ha sollevato grandi critiche all'interno della

---

<sup>404</sup> Corte e.d.u, SEZ. IV, 24 settembre 2015, Paoletto C. Italia, Ric. n. 37648/02.

<sup>405</sup> Corte e.d.u, 24 settembre 2015, Paoletto c. Italia, par. 147: "La Corte rileva innanzitutto di aver già avuto ampie opportunità di valutare il regime previsto dall'articolo 41 bis in un notevole numero di cause di cui è stata investita, e di aver concluso che, date le circostanze di tali cause, l'applicazione del regime non sollevava alcuna questione ai sensi dell'articolo 3, anche se lo stesso era stato applicato per lunghi periodi di tempo (si vedano, tra numerosi altri esempi, Enea, sopra citata; Argenti, sopra citata; Campisi c. Italia, n. 24358/02, 11 luglio 2006; nonché Paoletto c. Italia (dec.) n. 37648/02, 24 settembre 2015). In tali cause la Corte ha ripetutamente ritenuto che, quando si valuta se la proroga dell'applicazione di alcune restrizioni ai sensi del regime previsto dall'articolo 41 bis raggiunga la soglia minima di gravità richiesta per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3, la durata temporale deve essere esaminata alla luce delle circostanze di ciascuna causa, il che comporta, inter alia, la necessità di accertare se il rinnovo o la proroga delle restrizioni contestate fossero giustificati o meno (si vedano, tra numerosi altri precedenti, Enea, sopra citata, § 64; Argenti, sopra citata, § 21; Campisi, sopra citata, § 38, 11 luglio 2006; e Paoletto, sopra citata, § 27); nonché, mutatis mutandis, Ramirez Sanchez c. Francia [GC], n. 59450/00, § 145, CEDU 2006-IX."

classe degli avvocati e dei magistrati, i quali, hanno evidenziato come la rigidità di tale regime mal si concilia con le libertà ed i diritti della persona<sup>406</sup>.

È bene, dunque, concludere affermando come, nonostante la legittimità della misura prevista dall'art.41bis o.p., deve essere attuato un costante bilanciamento con i valori ed i principi sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione, neutralizzando il rischio che tale forma detentiva differenziata possa ledere i diritti inviolabili dell'uomo e sfociare in trattamenti inumani e degradanti, garantendo, in ogni caso e nei confronti di qualsiasi tipo di detenuto, un'espiazione umana della pena.

---

<sup>406</sup> F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, III, c 439.

### 3. La Legge 9 gennaio 2019, n. 3

Inerente alla tematica dell'umanità della pena, è, sicuramente, correlata, la legge 9 gennaio 2019, n.3 c.d. "spazzacorrotti"; i punti di criticità di tale legge sono stati plurimi ed a lungo si è dibattuto circa la sua legittimità.

All'interno di un'ottica basata sulla repressione delle condotte corruttive della pubblica amministrazione, l'art.1 co.6<sup>407</sup> della legge in questione, inserisce, all'interno dell'elenco dei reati previsti dall'art.4bis o.p., i reati di tal genere; si fa, in particolar modo, riferimento, ai reati previsti dagli artt. 317, 318, 319, 319bis, 319ter, 319quater co.1, 320, 321, 322, 322bis c.p.

Dall'inserimento di tali reati all'interno della fattispecie disposta dall'art.4bis o.p., ne derivano, per il reo, gravi conseguenze.

Innanzitutto, a seguito del richiamo nell'articolo in questione dell'art.656 co.9 c.p.p., la condanna, per i reati c.d. ostativi, non può essere sospesa, comportando, quindi, l'immediata esecuzione della pena in regime carcerario estendendosi, adesso, tale procedura, anche per i condannati a reati contro la pubblica amministrazione.

In secondo luogo, i condannati a taluno dei reati previsti all'interno dell'art.4bis, al fine di aver accesso alle misure alternative alla detenzione e, quindi, premiali, devono collaborare con la giustizia ai sensi dell'art.58ter o.p.; tale regola si estende, conseguentemente, anche agli autori dei reati inseriti dalla legge in questione ai sensi dell'art.323bis co.2 c.p. ovvero, si dispone che "per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per

---

<sup>407</sup> L'art.1 co.6 della legge n.3 del 2019, dispone che "All'articolo 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo le parole: «collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge» sono inserite le seguenti: «o a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale»; b) dopo le parole: «mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli» sono inserite le seguenti: «314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis.»"

il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi.”<sup>408</sup>

L’art.323 co.2 c.p. fa così in modo di dare la possibilità, anche ai soggetti condannati per tali tipi di reati, di accedere alle misure premiali; tuttavia, è da sottolineare, come, la collaborazione qui richiesta, non risulti essere efficace ed utile come quella prestata per reati di tipo associativo, in quanto, in questo caso, si è in presenza di fatti completamente e definitivamente verificati.<sup>409</sup>

All’indomani della legge n.3 del 2019 sono state mosse innumerevoli critiche, soprattutto, circa la presunzione di pericolosità estesa dai reati previsti dall’art.4bis o.p. a quelli contro la pubblica amministrazione; infatti, tale estensione, è stata ritenuta in primo luogo irragionevole e, successivamente, contraria al principio rieducativo.<sup>410</sup>

In particolar modo, gli ermellini, hanno sollevato delle perplessità circa la costituzionalità o meno dell’inserimento, nel novero dei reati disposti dall’art.4bis o.p., del reato di peculato, in quanto trattasi di un reato totalmente privo delle componenti di allarme sociale, pericolosità e violenza, caratteri insiti, invece, nella tipologia dei reati che contraddistinguono l’articolo appena menzionato.<sup>411</sup>

Oltre tale aspetto, ulteriore problematicità, si è rilevata in ambito di applicazione retroattiva di tale legge nei confronti di reati commessi precedentemente alla sua entrata in vigore.

---

<sup>408</sup> V. ALBERTA, *L’introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell’art.4-bis, co. 1, ord. pen.: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1 ss.; V. MANES, *L’estensione dell’art.4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, fasc. 2, p. 105 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge ‘spazzacorrotti’: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 11, p. 3589 ss.; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. online*, 2018, fasc. 3, p. 9; D. PULITANO’, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, fasc. 3, p.235.; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 2018, fasc. 3, p. 1 ss.

<sup>409</sup> G. MURONE, *Prime note in tema di “Spazzacorrotti” e modifiche all’ordinamento penitenziario*, in *Altalex*, 29 gennaio 2019; V. MANES, *L’estensione dell’art.4-bis ord. pen.*, p. 109; D. PULITANO’, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, fasc. 3, p. 237.

<sup>410</sup> N. PISANI, *Il disegno di legge ‘spazzacorrotti’*, p. 3590; G. D. CAIAZZA, *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, in *Guida dir.*, 11, 2019, p. 10 ss.; D. PULITANO’, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti.*, in *Dir. pen. cont.*, p. 235 ss.; V. MANES, *L’estensione dell’art.4-bis ord. pen.*, p. 107 ss.

<sup>411</sup> Cass., Sez. I, 18 luglio 2019 n. 31853, in *Dir. giust.*, 2019, fasc. 134, p. 10.

In questo caso specifico, infatti, l'entrata in vigore della legge in questione e l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nel novero dei reati c.d. ostativi, fa sì che la stessa si caratterizzi per essere considerata come sfavorevole al reo, dovendo, perciò, alla luce degli artt. 2 co.3<sup>412</sup> c.p. e 25 cost.<sup>413</sup>, essere garantita dal principio di irretroattività e non da quello del *tempus regit actum*.

Il problema si è posto, quindi, nel caso in cui, la legge n.3 del 2019, sia considerata come applicabile anche a reati commessi prima della sua entrata in vigore, ossia il 31 gennaio del 2019.

Il fulcro della questione, risiede nel dubbio se tali interventi normativi possano essere considerati come norme penali avente natura sostanziale, e quindi rispettose del principio di irretroattività o, al contrario, processuali.

La giurisprudenza di legittimità è stata, a lungo, spronata circa la considerazione, come sostanziali, di tali disposizioni, ma le Sezioni Unite hanno da sempre rigettato tale natura e si sono pronunciate in senso favorevole a quella processuale dell'estensione del novero dei reati previsti dall'art.4bis o.p.

In assenza, dunque, di una disciplina transitoria specifica, si è ritenuto che tali interventi normativi debbano rispettare il principio del *tempus regit actum* e non quelli inerenti alla successione di leggi penali nel tempo.<sup>414</sup>

Tale autorevole orientamento ha sollevato, dunque, moltissimi dubbi circa la costituzionalità dello stesso ed ha spinto, sempre più, la giurisprudenza, alla proposizione di varie soluzioni<sup>415</sup>.

---

<sup>412</sup> Ai sensi dell'art.2 co.3 c.p. "Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135."

<sup>413</sup> Ai sensi dell'art.25 cost. "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge."

<sup>414</sup> Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, n. 24561.

Corte Cost., 7 agosto 1993, n. 306 in cui la Consulta dispone che "Questa Corte ha invero più volte riconosciuto, anche in materie-quali quella dei diritti patrimoniali- non soggette al principio di irretroattività della legge, che la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza (...)."

<sup>415</sup> N. PISANI, *Il disegno di legge 'spazzacorrotti'*, p. 3589 ss.; D. PULITANO, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti.*, p. 235 ss.; V. MANES, *L'estensione dell'art.4-bis ord. pen.*, p. 107 ss.; G. L.

Con la sentenza Ferraresi<sup>416</sup>, pronunciata il 14 marzo 2019, è stata ritenuta fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.1 co.6 della legge n.3 del 2019, inerente l'applicazione retroattiva della stessa a fatti anteriori alla sua entrata in vigore.

La Cassazione, sulle orme della giurisprudenza CEDU, sottolinea come la lettura, di tali interventi normativi, deve essere di natura sostanziale; si è fatto, nello specifico, richiamo alla sentenza Del Rio Prada c. Spagna<sup>417</sup> in cui la Corte EDU ha contraddistinto come "materia penale" un istituto peggiorativo della situazione del reo, affermando, quindi, la contrarietà dello stesso all'art.7 CEDU<sup>418</sup> e quindi al principio di affidamento circa la prevedibilità della pena.

Successive pronunce sul merito, come le ordinanze del g.i.p. di Napoli<sup>419</sup>, quelle del tribunale di sorveglianza di Venezia<sup>420</sup> e quelle della Corte d'appello di Lecce<sup>421</sup>, hanno confermato l'orientamento CEDU ed hanno quindi affermato che la mancanza di una norma transitoria dettagliata che disponga come il divieto di sospensione non dovrebbe intaccare i reati commessi anteriormente l'entrata in vigore della normativa, violi il principio di affidamento contenuto nell'art.7 CEDU, il quale, ai sensi dell'art.117 co.1 Cost., si innalza, nell'ordinamento italiano, a rango costituzionale.

Sulla scia di dette considerazioni vi sono state ulteriori pronunce di merito, che in riferimento all'onere, incombente in capo ai giudici, di attuare un'interpretazione

---

GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art.4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.*, in Dir. pen. cont., 26 marzo 2019; L. BARON, "Spazzacorrotti", *art.4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in Dir. pen. cont., 2019, fasc. 5, p. 153 ss.; V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art.4-bis*, co.1, p. 3 ss.; L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella c.d. legge spazzacorrotti*, in Dir. pen. cont., 14 marzo 2019.

<sup>416</sup> Cass., Sez.VI, 14 marzo 2019, n. 12541.

<sup>417</sup> Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna.

<sup>418</sup> Ai sensi dell'art.7 CEDU "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili."

<sup>419</sup> Trib. Napoli, Ufficio g.i.p., ord. 2 April 2019.

<sup>420</sup> Trib. Sorveglianza Venezia, ord. 8 aprile 2019.

<sup>421</sup> App. Lecce, ord. 4 aprile 2019.

costituzionalmente orientata di qualsivoglia norma, hanno ribadito come l'atto normativo in questione debba essere letto come di natura sostanziale e quindi non applicato retroattivamente<sup>422</sup>.

Altri orientamenti, invece, pur affermando la natura non già sostanziale, bensì processuale di tale intervento normativo, hanno posto un limite nel prevedere che la retroattività della legge di riferimento possa operare nei confronti di tutti quei fatti per i quali non sia, ancora, avvenuto, il passaggio in giudicato della sentenza.

Possiamo citare, in tal senso, la prima Sezione della Corte di Cassazione<sup>423</sup>, secondo la quale non possono essere revocati gli ordini di esecuzione con sospensione disposti anteriormente l'entrata in vigore della legge n.3 del 2019, in quanto, un condotta di tal genere, inciderebbe negativamente sugli altri atti strumentali emessi precedentemente.

Ulteriormente emblematica sul punto è la pronuncia della Corte d'appello di Napoli<sup>424</sup>, la quale, nonostante afferma la natura non sostanziale dell'atto additivo dell'art.4bis o.p., dispone, però, che lo stesso non possa avere portata retroattiva nei confronti di tutti quei reati per i quali si è avuta l'irrevocabilità della sentenza prima della legge n.3 del 2019 e la sospensione dell'ordine di esecuzione legittimamente disposto secondo la normativa allora vigente; e ciò, in quanto, l'anteriore sospensione ha cristallizzato degli effetti e delle situazioni che potrebbero essere travolti ed inficiati se si operasse in senso opposto.

Alla stessa conclusione pervengono, successivamente, vari uffici di Procura Generale.

In particolar modo, il Procuratore Generale di Reggio Calabria ha affermato come, alla stregua di una giusta interpretazione dell'assioma *tempus regit actum*, il momento processuale cui far riferimento per l'applicazione dei principi inerenti alla successione nel tempo delle leggi in tema di esecuzione penale, sia da ricercare nel

---

<sup>422</sup> App. Reggio Calabria, 10 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019.

In particolar modo il principio secondo cui si debba aderire alla giurisprudenza CEDU, in quanto, avente rango costituzionale è affermato in due sentenze, ossia, Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, n.348 e 349 e Corte Cost. sent. 26 marzo 2015, n.49.

<sup>423</sup> Cass., Sez. I, 3 maggio 2019, n. 25212.

<sup>424</sup> App. Napoli, ord. 3 aprile 2019.

passaggio in giudicato delle sentenza, visto come punto di origine e di partenza dell'esecuzione della pena<sup>425</sup>; si evidenzia, poi, come tale principio si applichi sia nel caso in cui, prima dell'entrata in vigore di tale legge, sia stata disposta la sospensione, ma anche nel caso contrario, trattasi di tematiche delicate ed incidenti sulla libertà personale dell'individuo.

---

<sup>425</sup> Nella direttiva della Procura Generale di Reggio Calabria, dell'11 marzo 2019, si è affermato che “il fatto processuale al quale doversi riferire in punto di successione di norme riguardanti l'esecuzione della pena non può che essere l'irrevocabilità della condanna, alla quale l'ordinamento collega con carattere invece di certezza e affidabilità la prescritta sequenza procedimentale a quella data vigente. Il che è come dire che il giudicato di condanna esaurisce i suoi effetti predittivi certi all'atto del suo consolidamento, ricomprendendo a quel momento la summa degli atti necessari al suo sviluppo, sicché è proprio grazie al principio del “*tempus regit actum*” che l'eventuale *novum* sul punto non potrà che riguardare le nuove sentenze irrevocabili di condanna e non le precedenti ormai recepite da una copertura normativa che, unitamente agli atti che necessariamente seguono e che le comprendono, coinvolge e per sempre l'intera sequenza esecutiva.”

### 3.1 La sentenza 32/2020 come risposta ad una possibile minaccia di involuzione

Dalla trattazione svolta nel paragrafo precedente si comprende, appieno, come la legge n.3 del 2019, rappresenti una lesione del principio di affidamento in riferimento a tematiche quali la certezza e la prevedibilità della pena, nonché una lesione di un diritto spettante non solo al detenuto ma all'individuo in quanto tale, gettando le basi, anch'essa, a suo modo, per la realizzazione di un trattamento contrario ad umanità.

Come risposta alla possibile minaccia di involuzione della legge predetta, la Corte Costituzionale, nella sentenza n.32 del 2020, ha analizzato ed affrontato approfonditamente tale tematica.

Innanzitutto, il tribunale di sorveglianza di Venezia, ha sollevato la questione di legittimità dell'art.1 co.6 let b. della legge n.3 del 2020, in riferimento agli artt. 3, 25 co.3, 27 co.3 e 117 cost., a seguito del suo collegamento con l'art.7 CEDU, e specificatamente nella parte in cui prevede l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione nel novero dei reati c.d. ostativi previsti dall'art.4bis o.p. e l'applicazione retroattiva del contenuto della legge medesima<sup>426</sup>.

Successivamente, anche la Corte d'appello di Lecce, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della legge n.3 del 2019 in merito al fatto che, la stessa, non prevede una normativa transitoria inerente alla non applicazione di tale legge per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della stessa<sup>427</sup>.

---

<sup>426</sup> Corte Cost., sent. 26 febbraio 2020, n. 32, par. 1: “Con ordinanza dell’8 aprile 2019 (r.o. n. 114 del 2019), il Tribunale di sorveglianza di Venezia ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) – questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), «nella parte in cui, modificando l’art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-quater e 321 c.p., commessi anteriormente all’entrata in vigore della medesima legge».”

<sup>427</sup> *ibidem*, p. 2: “Con ordinanza del 4 aprile 2019 (r.o. n. 115 del 2019), la Corte di appello di Lecce ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, ed in particolare il reato di cui all’art. 314, comma 1, c.p., tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell’art. 4-bis legge 26/7/1975 n. 354 [...] senza prevedere un regime transitorio che dichiara applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore»,

Medesima questione, è stata poi sollevata anche dal tribunale ordinario di Cagliari<sup>428</sup>, da quello di Taranto<sup>429</sup>, da quello di Napoli<sup>430</sup>, in merito alla mancata previsione di una disciplina intertemporale<sup>431</sup> e da quelli di Brindisi<sup>432</sup>.

---

per assertedo contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.”

<sup>428</sup>*Ibidem*, p. 3: “Con ordinanza del 10 giugno 2019 (r.o. n. 118 del 2019), il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Cagliari ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1 [recte: art. 1, comma 6], lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-bis legge 26 luglio 1975, n. 354 senza prevedere un regime transitorio», per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU).”

<sup>429</sup>*Ibidem*, p. 5: “Con ordinanza del 7 giugno 2019 (r.o. n. 157 del 2019), il Tribunale di sorveglianza di Taranto ha sollevato, in riferimento all'art. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui, modificando l'art. 4 bis, comma 1 della Legge n. 354/1975, ha inserito i reati contro la p.a. e in particolare quello di cui all'art. 314 comma 1 tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari, senza prevedere un regime transitorio che dichiara applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore».”

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 4: “Con ordinanza del 2 aprile 2019 (r.o. n. 119 del 2019), il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Napoli ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1 [recte: art. 1, comma 6], lettera b), della legge n. 3 del 2019, denunciandone il contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), «nella parte in cui, ampliando il novero dei reati “ostativi” ai sensi dell'art. 4-bis l. 354/1975, includendovi i reati contro la pubblica amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale».”

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 6: “Con ordinanza del 30 aprile 2019 (r.o. n. 160 del 2019), il Tribunale ordinario di Brindisi ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui, modificando l'art. 4 bis comma 1° della Legge 26 luglio 1975 n. 354 – norma richiamata dall'art. 656, comma 9°, lett. a) c.p.p. – si applica anche al delitto di cui all'art. 314 c.p. commesso anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge», denunciandone il contrasto con gli artt. 24, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.”

*Ibidem*, p. 7: “Con ordinanza del 30 aprile 2019 (r.o. n. 161 del 2019), il Tribunale ordinario di Brindisi ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui, modificando l'art. 4 bis comma 1° della Legge 26 luglio 1975 n. 354 – norma richiamata dall'art. 656, comma 9°, lett. a) c.p.p. – si applica anche al delitto di cui all'art. 314 c.p. commesso anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge», denunciandone il contrasto con gli artt. 24, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.”

E ancora, per completezza di trattazione, occorre citare le due ordinanze del tribunale ordinario di Caltanissetta<sup>433</sup> e quelle del tribunale di sorveglianza di Potenza<sup>434</sup> e di Salerno<sup>435</sup>.

A seguito delle undici ordinanze citate, appare evidente, quindi, come ci si sia resi conto delle criticità insite nella legge n.3 del 2019.

Dette problematiche intaccano aspetti basilari del sistema penale in quanto tale, facendo perdere, alla generalità dei consociati, la “fiducia” nella certezza dello stesso e dell’applicazione della pena.

Ulteriormente, analizzando detta normativa, si può facilmente riscontrare la violazione di diversi articoli sanciti e garantiti dalla nostra Costituzione, nonché, tramite l’art.117 Cost, di quelli disposti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo; l’umanità della pena, infatti, deve essere garantita ad ogni individuo, non solo tramite l’astensione dal porre in essere condotte inumane e degradanti, ma anche dal neutralizzare il rischio che si verificano circostanze di tal genere, ossia,

---

<sup>433</sup>*Ibidem*, p. 8 e 9: “Con ordinanza del 16 luglio 2019 (r.o. n. 193 del 2019), il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Caltanissetta ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 1 [recte: art. 1, comma 6], lettera b), della legge n. 3 del 2019, denunciandone il contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117 Cost. (quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU), «nella parte in cui, ampliando il novero dei reati “ostativi” ai sensi dell’art. 4-bis legge 354/1975, includendovi i reati contro la pubblica amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale.» e successivamente “Con ordinanza del 16 luglio 2019 (r.o. n. 194 del 2019), il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Caltanissetta ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 1 [recte: art. 1, comma 6], lettera b), della legge n. 3 del 2019, identiche a quelle già prospettate nell’ordinanza iscritta al n. 193 del r.o. 2019 quanto al petitum e ai parametri costituzionali evocati.”

<sup>434</sup>*Ibidem*, p. 10: “Con ordinanza del 31 luglio 2019 (r.o. n. 210 del 2019), il Tribunale di sorveglianza di Potenza ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui, modificando l’art. 4 bis, comma 1 della L. 26.7.1975 n. 354, si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 317 c.p. e 319 c.p. commessi anteriormente alla entrata in vigore della medesima legge», denunciando il contrasto della disposizione con gli artt. 3, 25, secondo comma, 27, secondo e terzo comma, e 117, primo comma, Cost. (quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU).”

<sup>435</sup>*Ibidem*, p. 11: “Con ordinanza del 12 giugno 2019 (r.o. n. 220 del 2019), il Tribunale di sorveglianza di Salerno ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui, modificando l’art. 4 bis, comma 1 O.P., si applica anche in relazione ai delitti di cui all’art. 319-quater comma 1 c.p. commessi anteriormente alla entrata in vigore della medesima legge», denunciando il contrasto della disposizione con gli artt. 3, 25, secondo comma, 27, terzo comma, 117 Cost. e 7 CEDU.”

quelle in cui è presente un'elevatissima incertezza procedurale circa l'espiazione della pena.

Secondo la Corte, la mancata applicazione dell'art.1 co.6 let.b per i soli reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge n.3 del 2019, sarebbe di incerta compatibilità con diversi articoli.

Innanzitutto il contrasto si rileva nei confronti degli articoli 25 co.2 e 117 cost., quest'ultimo connesso all'art.7 CEDU, a proposito dei principi di affidamento, certezza della pena e divieto di applicazione retroattiva; per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la garanzia di non retroattività delle norme peggiorative delle pene inflitte ricomprenderebbe, al suo interno, anche le norme limitative di accesso alle misure alternative di espiazione della pena e benefici penitenziari<sup>436</sup>.

Ulteriore contrasto, appare esservi nei confronti dell'art.24 cost., relativamente al diritto di difesa; infatti, l'applicazione retroattiva delle legge vanificherebbe, ad esempio, le scelte dei condannati di scegliere un rito alternativo per avere una diminuzione di pena tale da ottenere i parametri richiesti per la concessione del beneficio di sospensione dell'ordine di esecuzione<sup>437</sup>.

Ancora, si menziona la contrarietà rispetto all'art.27 cost. in ragione del principio di rieducazione, in quanto, tramite l'estensione ai reati contro la pubblica amministrazione della disciplina prevista dall'art.4bis o.p., si impedisce una valutazione individualizzata ai fini della concessione dei benefici penitenziari,

---

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 1.3: “Secondo i giudici rimettenti, la mancata limitazione degli effetti dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019 ai soli condannati per fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore sarebbe di dubbia compatibilità: – con l'art. 25, secondo comma, della Costituzione e con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sotto il profilo del principio di legalità e non retroattività della pena; e ciò in quanto il divieto di applicazione retroattiva delle modifiche normative che aggravano la pena prevista per il reato comprenderebbe altresì le modifiche normative che, come quella in esame, restringano presupposti e condizioni di accesso a benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione (ordinanze iscritte ai numeri 114, 115, 118, 119, 160, 161, 193, 194, 210 e 220 del r.o. 2019);”

<sup>437</sup> *Ibidem*: “con il diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost., dal momento che la modifica normativa operata dalla disposizione censurata avrebbe vanificato le strategie processuali degli imputati poi condannati, i quali potrebbero, ad esempio, aver scelto un rito alternativo confidando in una diminuzione di pena sufficiente per poter beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena (ordinanze iscritte ai numeri 160 e 161 del r.o. 2019);”

facendo prevalere l'automatismo dell'articolo suddetto; infine, la dubbia compatibilità dell'art.1 co.6 let.b della legge n.3 del 2019, si ha nei confronti dell'art.3 cost., in quanto, appare essere irragionevole l'applicazione di un diverso trattamento a seconda che i reati siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della legge, essendo concesso solo ai condannati per i primi di poter accedere ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione<sup>438</sup>.

L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione all'interno dell'articolo più volte citato, li sottopone al medesimo regime ostativo; da qui, il mancato accesso alle misure premiali e di espiazione extra muraria della pena, a meno che non vi sia una collaborazione ai sensi dell'art.323bis co.2 o.p.<sup>439</sup>

Viene sottolineato, successivamente, come l'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione all'interno dell'art.4bis o.p. sottopone gli stessi autori ad effetti previsti da altre norme dell'ordinamento penitenziario che richiamano tale articolo; si fa riferimento alla limitazione della possibilità di espiazione della pena al di

---

<sup>438</sup> *Ibidem*: “con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (nonché, nell'ordinanza iscritta al n. 210 del r.o. 2019, con il secondo comma di quest'ultima disposizione), in relazione ai principi di ragionevolezza e funzione rieducativa della pena, attesa l'automatica incidenza, sul percorso rieducativo dei condannati, delle sopravvenute preclusioni all'accesso a benefici penitenziari e a misure alternative alla detenzione, con conseguente impossibilità per l'autorità giudiziaria di operare valutazioni individualizzate in sede di esame delle istanze di concessione di detti benefici e misure (ordinanze iscritte ai numeri 114, 210 e 220 del r.o. 2019);

– con l'art. 3 Cost., sotto un duplice profilo: da un lato, l'irragionevole disparità di trattamento creatasi tra condannati per i medesimi delitti, commessi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, i quali sarebbero sottoposti a un regime differenziato quanto all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, a seconda del momento – anteriore o successivo alla vigenza di detta disposizione – in cui la magistratura di sorveglianza esamina la relativa istanza di concessione (ordinanze iscritte ai numeri 114, 157, 210 e 220 del r.o. 2019); dall'altro, l'irragionevole disparità di trattamento fra autori dei medesimi delitti, commessi rispettivamente prima o dopo l'entrata in vigore della disposizione censurata, poiché solo i primi, ma non anche i secondi, potrebbero espiazione la pena in regime extramurario (ordinanze iscritte ai numeri 115 e 118 del r.o. 2019).”

<sup>439</sup> *Ibidem*, p. 2.1: “Per effetto di detto inserimento, tali delitti sono oggi soggetti, anzitutto, al medesimo regime “ostativo” rispetto alla concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata, che vige per i delitti cosiddetti “di prima fascia” elencati nell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit.

Ciò significa che i benefici e le misure alternative in questione possono ora essere concessi ai condannati per la maggior parte dei delitti contro la pubblica amministrazione, di regola, soltanto nel caso in cui essi collaborino con la giustizia.

Tale collaborazione potrà avvenire, alternativamente, ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit., ovvero – in forza di un'ulteriore modifica del testo dell'art. 4-bis ordin. penit., operata dall'art. 1, comma 6, lettera a), della legge n. 3 del 2019 – ai sensi dell'art. 323-bis, secondo comma, cod. pen.”

fuori dell'istituto penitenziario, alle condizioni più stringenti per accedere al lavoro all'esterno ed ai permessi premio ed, infine, ad un irrigidimento del regime per la revoca dei benefici concessi in seguito alla collaborazione.<sup>440</sup>

Da ultimo, la trattazione prosegue nei confronti dell'art.25 cost. e di come la retroattività della legge, a reati commessi precedentemente la sua entrata in vigore, violi il contenuto ed il principio sancito dall'articolo costituzionale, dovendo, per tale motivo, la Corte, dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.1 co.6 let.b della legge c.d. "spazzacorrotti".<sup>441</sup>

A seguito delle argomentazioni sopra sviluppate, la Corte<sup>442</sup> si pronuncia dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art.1 co.6 let.b della legge n.3 del

---

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 2.2: "La sottoposizione dei condannati per delitti contro la pubblica amministrazione al regime dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. comporta poi una serie di effetti stabiliti da altre norme dell'ordinamento penitenziario che rinviano allo stesso art. 4-bis, e in particolare:  
– una preclusione assoluta – non superabile neppure in presenza di collaborazione o di condizioni equiparate – rispetto alla concessione delle misure alternative della detenzione domiciliare "ordinaria" per ultrasessantenni (art. 47-ter, comma 01, ordin. penit.) e della detenzione domiciliare cosiddetta "generica" (art. 47-ter, comma 1-bis, ordin. penit.);  
– l'allungamento dei tempi di espiazione di pena necessari per l'accesso al lavoro all'esterno (art. 21, comma 1, ordin. penit.), ai permessi premio (art. 30-ter ordin. penit.) e alla semilibertà (art. 50, comma 2, ordin. penit.);  
– un regime più rigoroso relativo alla revoca dei benefici penitenziari già concessi, ai sensi dell'art. 58-quater, comma 5, ordin. penit."

<sup>441</sup> *Ibidem*, p. 4: "(...) In esito a una complessiva rimediazione della tematica, occorre in effetti concludere nel senso che, di regola, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi, l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost. (infra, 4.3.).

La disposizione in questa sede censurata comporta, per una serie di reati contro la pubblica amministrazione, una trasformazione della natura delle pene previste al momento del reato e della loro incidenza sulla libertà personale del condannato, quanto agli effetti spiegati dalla stessa disposizione in relazione alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. Conseguentemente, l'applicazione della disposizione censurata ai condannati per fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, quanto agli effetti appena menzionati, viola il divieto di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (infra, 4.4.).

Stante il silenzio del legislatore sul regime intertemporale delle modifiche in esame, il rimedio appropriato, in risposta alle questioni sollevate dai rimettenti, è la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata così come risultante dal diritto vivente (infra, 4.5.)."

<sup>442</sup> LAZZERI F., *La sentenza della Corte costituzionale sul regime intertemporale delle modifiche all'art. 4-bis ord. penit. introdotte dalla l. 3/2019 ("spazzacorrotti")*, in *Sistema Penale*, 24 febbraio 2020; FRAGASSO B., *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. In attesa della Consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *Sistema Penale*, 24 febbraio 2020; GATTA G. L., *Ancora a proposito del divieto di applicazione retroattiva del riformulato art. 4 bis o.p. Scarcerazioni già disposte (anche da un giudice a quo)*

2019, in relazione alla sua applicazione retroattiva, avendo modificato *in peius* i requisiti di accesso alle misure alternative alla detenzione, alla libertà condizionale ed alla sospensione dell'ordine di esecuzione, nonché, avendo leso il diritto di accesso al permesso premio per tutti coloro i quali, prima dell'entrata in vigore della legge medesima, abbiano raggiunto il grado di educazione ivi richiesto; viene ritenuta, invece, inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal tribunale di sorveglianza di Taranto, sull'incompatibilità dell'art.1 co.6 let.b della legge n.3 del 2020 con l'art.3 cost.<sup>443</sup>

---

*prima del deposito della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 'Spazzacorrotti', in Sistema Penale, 24 febbraio 2020; GIUGNI I., La differenza fra “dentro” e “fuori” il carcere è radicale: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 1, co. 6, lett. b), della legge cd. Spazzacorrotti, in Diritti Comparati, 11 marzo 2020; MANES V., L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale, in Diritto Penale Contemporaneo, 14 febbraio 2019; MANES V., MAZZACUVA F., Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale, in Sistema Penale, 23 marzo 2020 ; GATTA G. L., Art. 4 bis o.p. e legge 'spazzacorrotti': possibile, dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?, in Sistema Penale, 17 febbraio 2020; MARSILIO A., Norma penale retroattiva: quando è legittima? La Consulta si pronuncia sui limiti alla retroattività della norma penale volta a modificare la natura della pena. Note a margine della sentenza del 26 febbraio 2020, n. 32 della Corte Costituzionale, in Osservatorio costituzionale, 1 dicembre 2020.*

<sup>443</sup> Corte Cost. sent. 26 febbraio 2020, n.32: “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all’art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all’entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione previsto dall’art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale;

2) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell’entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, sollevata, in riferimento all’art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di sorveglianza di Taranto con l’ordinanza indicata in epigrafe (r.o. n. 157 del 2019).”

#### 4. Il problema della permanenza carceraria con l'avvento del Covid-19

L'emergenza, scoppiata in tutti i Paesi del mondo nel marzo del 2020, del Covid-19, ha travolto non solo gli individui in libertà, ma ha avuto anche gravi ripercussioni tra la popolazione carceraria, tanto che in quest'ultimo caso si è parlato di "bomba epidemiologica"<sup>444</sup>.

Nei giorni tra il 7 ed il 10 Marzo del 2020, sono scoppiati negli istituti detentivi diverse rivolte in ragione di una migliore tutela epidemiologica degli stessi detenuti; da tali sommosse ne è derivata la morte di quattordici reclusi, il ferimento di quaranta membri della Polizia Penitenziaria ed, inoltre, la totale distruzione di sezioni del carcere di Foggia e decine di detenuti evasi dal relativo istituto<sup>445</sup>.

Tali episodi, definiti come "avvenimenti cronici del carcere"<sup>446</sup>, sono il frutto dell'esasperazione e della preoccupazione legata alla pandemia e ad una sua possibile diffusione tra la popolazione carceraria.

È da tenere in considerazione che, durante l'insorgere della pandemia, in molte delle carceri italiane si riscontravano problemi di sovraffollamento, con la presenza di diecimila detenuti in più rispetto alla capienza massima; tale situazione si dimostrava essere, perciò, paradossale, tanto che è stato rilevato come "A ben vedere, ci troviamo davanti a un inquietante paradosso: da un lato, nel nome della pericolosità del virus si prevedono misure mai adottate prima e destinate ad incidere sulla libertà delle persone; dall'altro lato, tutta questa pericolosità scompare quando si parla di carcere e di detenuti, adottando misure che, considerata la nostra emergenza da sovraffollamento, dovrebbero essere adottate nella normalità".<sup>447</sup>

Al sovraffollamento si aggiungeva, poi, la problematica della scarsità e precarietà dei servizi igienico sanitari, essendo presenti docce comuni per tutta la sezione, water non isolati dal resto della cella e mancanza di acqua calda; è stato, infatti,

---

<sup>444</sup> R. DE VITO, *Camere senza vista: il carcere e l'emergenza sanitaria*, in *Questione giustizia*, 2, 2020, p.125

<sup>445</sup> Resoconto dell'Assemblea parlamentare, seduta n. 317 dell'11 marzo 2020.

<sup>446</sup> G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare? Considerazioni a margine delle (e oltre) le rivolte*, in *Sistema Penale*, 12 marzo 2020.

<sup>447</sup> R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del Coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema Penale*, 24 aprile 2020, p.15.

affermato che “Una promiscuità coatta [...] in ambienti dove, come per volontà di un architetto di interni impazzito, la doccia e il water, il lavandino e la dispensa si sovrappongono e si mescolano per rispondere ai bisogni fisiologici primari: urinare, mangiare, lavare, defecare, in pochi metri quadrati”.<sup>448</sup>

Tali criticità rappresentano la prova tangibile che, anche gli istituti detentivi, possono essere luoghi di origine e sviluppo di infezioni e malattie, infatti, come disposto dall’Organizzazione Mondiale della Sanità “L’esperienza dimostra che carceri, prigioni e altri ambienti dove le persone sono costrette alla promiscuità possono funzionare da fonte di infezione, amplificazione e diffusione delle malattie.”<sup>449</sup>

L’aumento del numero di detenuti positivi al Covid-19 ha confermato il fatto che, anche negli istituti penitenziari, può esservi la diffusione ed il proliferare della pandemia; per tale ragione sono stati adottati, da parte del Governo e dell’Amministrazione Penitenziaria, strumenti idonei a prevenire la diffusione del contagio.

I maggiori interventi adottati in tal contesto, sono stati il decreto-legge n. 9 del 2020<sup>450</sup>, inerente alla sospensione dei colloqui fisici con i familiari in Veneto e Lombardia sostituendoli con la modalità da remoto, il D.P.C.M. 8 marzo 2020<sup>451</sup>, con cui tali provvedimenti sono poi stati estesi a tutto il territorio tranne casi eccezionali ed il D.P.C.M. n. 11 del 2020<sup>452</sup>, con cui tale modalità è stata estesa a tutti gli istituti penitenziari italiani senza eccezioni.

Tramite gli interventi appena citati, sono stati ulteriormente limitati i diritti dei detenuti e ciò al fine di maggiormente isolare le carceri italiane, infatti, “In poco più di un mese dalla proclamazione dello stato di emergenza sanitaria da

---

<sup>448</sup> L. MANCONI, *A un centimetro di distanza*, in *La Repubblica*, 10 marzo 2020.

<sup>449</sup> OMS, *Regional Office for Europe, Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim Guidance*, 15 marzo 2020.

<sup>450</sup> D.I. 2 marzo 2020, n. 9, inerente alle “Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica del Covid 19”, G.U. 2 marzo 2020 n. 53, mai convertito in legge.

<sup>451</sup> Con pubblicazione sulla G.U. l’ 8 marzo 2020, n. 59.

<sup>452</sup> D.I. 8 marzo 2020 n. 11, inerente alle “Misure straordinarie e urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell’attività giudiziaria.” G.U. 8 marzo 2020 n. 60, abrogata dalla l. n. 27 del 2020.

coronavirus, dunque, il sistema penitenziario, viene investito da un vorticoso profluvio di disposizioni normative contenute in decreti-legge, D.P.C.M. e circolari del D.A.P.”<sup>453</sup>

Le rivolte di Marzo, sopra menzionate, sono state il frutto di un’insoddisfazione generale circa le misure adottate, le quali, non hanno fatto altro che restringere i diritti e benefici dei detenuti non disponendo, effettivamente, idonee misure di prevenzione del contagio.

Tali insoddisfazioni e preoccupazioni sono state espresse dallo stesso Garante per i detenuti, il quale, ha incitato il Governo a disporre urgentemente “misure straordinarie volte ad alleggerire le situazioni di sovraffollamento superando un concetto di prevenzione fondata sulla chiusura al mondo esterno, affiancando a provvedimenti di inevitabile restringimento misure che diano la possibilità di ridurre le criticità che la situazione carceraria attuale determina e che permettano di affrontare con più tranquillità il malaugurato caso che il sistema sia investito più direttamente dal problema.”<sup>454</sup>

È stato evidenziato, infatti, che la mancata predisposizione di misure idonee a fronteggiare la criticità di detta situazione, possa far sì che il carcere sia considerato come un “moltiplicatore particolarmente efficiente della curva del contagio”.<sup>455</sup>

È stato adottato, così, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. “Cura Italia”<sup>456</sup>, di cui i provvedimenti più importanti, quelli stabiliti dagli articoli 123 e 124 inerenti, al fine di fronteggiare la situazione del sovraffollamento carcerario, a far espiare la pena detentiva al di fuori delle mura dell’istituto penitenziario.

In particolar modo, ai sensi dell’art. 123 del d.l. 18 marzo del 2020, n. 18, si è consentito, ai detenuti condannati a pena detentiva non superiore a diciotto mesi,

---

<sup>453</sup> G. DARAIÒ, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2020, p. 936.

<sup>454</sup> R. DE VITO, *Camere senza vista: il carcere e l'emergenza sanitaria*, in *Questione giustizia*, 2, 2020, cit., p. 125.

<sup>455</sup> R. DE VITO, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2020.

<sup>456</sup> D.l. 17 marzo 2020, n. 70., inerente alle Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

costituente anche residuo di maggior pena, di espiare la stessa presso il proprio domicilio e, comunque, presso i luoghi stabiliti dalla legge<sup>457</sup>; inoltre, ai sensi del co.3 del medesimo articolo, è stato previsto che, per i condannati maggiorenni a pena superiore a sei mesi, sia disposto il controllo elettronico col rispettivo braccialetto e previo consenso del soggetto cui è applicato<sup>458</sup>.

Al fine di assicurare la collettività, sono stati emessi altri due decreti per meglio tutelare la popolazione carceraria.

Si tratta del d.l. 30 aprile 2020, n. 38<sup>459</sup>, con cui veniva concessa la possibilità di detenzione domiciliare solo previo parere della Procura nazionale e distrettuale antimafia, nei confronti di soggetti condannati a reati di stampo mafioso e criminalità organizzata<sup>460</sup>; e del d.l. d.l., n. 29 del 10 maggio 2020<sup>461</sup>, in base al

---

<sup>457</sup> Ai sensi dell'art. 123 co.1 del d.l. 18 marzo 2020, n. 18, è stato disposto che "In deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2020, la pena detentiva e' eseguita, su istanza, presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, ove non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, salvo che riguarda: a) soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni e dagli articoli 572 e 612-bis del codice penale; b) delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-ter della medesima legge; d) detenuti che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all'articolo 77, comma 1, numeri 18,19, 20 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230; e) detenuti nei cui confronti sia redatto rapporto disciplinare ai sensi dell'articolo 81, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020; f) detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato (...)."

<sup>458</sup> Ai sensi dell'art. 123 co.3 del d.l. 18 marzo 2020, n. 18, è stato disposto che "Salvo si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena da eseguire non è superiore a sei mesi è applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari."

<sup>459</sup> Inerente a "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19", G.U. n. 111, 30 aprile 2020.

<sup>460</sup> A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema Penale*, 1 maggio 2020.

<sup>461</sup> Inerente a "Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti

quale, si stabiliva l'effettuazione di una nuova valutazione circa le gravi condizioni di salute prima di concedere l'espiazione della pena in detenzione domiciliare, concessione data solo previa mancanza di posti disponibili presso le strutture sanitarie circostanti<sup>462</sup>.

Da come si può facilmente notare, gli interventi normativi appena menzionati, si sono rivelati inidonei alla riduzione e prevenzione del contagio tra i detenuti; tale inefficacia, però, è stata soprattutto frutto di un'eccezionalissima situazione che ha colto alla sprovvista il mondo intero.

Rilevata, quindi, la scarsa efficacia di dette misure, è stato adottato il d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 c.d. "Ristori"<sup>463</sup>, il quale, in tema di tutela della popolazione carceraria, ha introdotto il regime secondo cui può essere derogato e prolungato il quantum di tempo previsto dalla misura del permesso premio *ex art.30ter o.p.*<sup>464</sup>; tuttavia, tale misura è concedibile solo al detenuto che abbia già avuto accesso alla misura premiale e conduca un lavoro all'esterno.

---

al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati, G.U. n. 119, 10 maggio 2020."

<sup>462</sup>G. FIANDACA, *Scarcerazione per motivi di salute*, cit., par. 5; F. GIANFILIPPI, *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel D.L. 10 maggio 2020 n. 29*, in *Giustizia Insieme*, 12 maggio 2020; G. DERAIO, *Emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., pp. 949 ss.

<sup>463</sup> In relazione a "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19", G.U. n. 269 del 2020.

<sup>464</sup> Ai sensi dell'art.29 del d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 si afferma che "Dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020 ai condannati cui siano stati già concessi i permessi di cui all'articolo 30-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 e che siano stati già assegnati al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 o ammessi all'istruzione o alla formazione professionale all'esterno ai sensi dell'articolo 18 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, i permessi di cui all'articolo 30-ter, quando ne ricorrono i presupposti, possono essere concessi anche in deroga ai limiti temporali indicati dai commi uno e due dell'articolo 30-ter. La disposizione di cui al comma 1 non si applica ai soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dagli articoli 572 e 612-bis del codice penale e, rispetto ai delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza e ai delitti di cui agli articoli 416-bis del codice penale, o commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, anche nel caso in cui i condannati abbiano già espiato la parte di pena relativa ai predetti delitti quando, in caso di cumulo, sia stata accertata dal giudice della cognizione o dell'esecuzione la connessione ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettere b e c, del codice di procedura penale tra i reati la cui pena è in esecuzione."

Il d.l. in questione, poi convertito in l. n. 176 del 2020<sup>465</sup>, non ha subito ulteriori modifiche al di fuori della modifica della lettera “e” in “o” all’interno dell’articolo 29, con l’obiettivo di consentire di prolungare il permesso premio ai detenuti che già ne stavano usufruendo uno.

Le poche e timide misure adottate hanno arginato, in parte, il rischio di contagio e diffusione del virus nelle carceri, tuttavia, bisogna rammentare che, purtroppo, “Il carcere è oggi il luogo più affollato d’Italia e la cella può essere lo spazio più congestionato e patogeno dell’intero sistema penitenziario”<sup>466</sup>, e necessita dunque di una maggiore tutela.

Dovendo ricavare una nota positiva da questa tragica situazione epidemiologica, è che la stessa serva a porre i riflettori su problemi carcerari esistenti e da sempre ignorati, infatti, riportando le parole di Glauco Giostra, “Il panpenalismo, che tanto rende nell’incetta dei consensi e nulla in termini di sicurezza sociale, è il frutto di una politica che, avendo abdicato al suo alto compito di affrontare le più delicate questioni sociali, etiche, sanitarie, ambientali, economiche, ha pensato di cavarsela spingendo la sanzione penale in tutti i recessi della vita, persino in quelli della malattia, della disperazione e della povertà”<sup>467</sup>.

Si auspica, quindi, nella tragicità di tale emergenza, di dare luce e porre rimedio a criticità carcerarie da sempre presenti e di non considerare più, il mondo carcerario, come distante e lontano dalla società, ma, al contrario, bisognoso di maggiori e più ampie tutele viste le fragilità di tale contesto considerato nel suo insieme; umanità, dunque, non solo nel modus dell’espiazione della pena, ma anche nelle misure adottate per fronteggiare contesti emergenziali.

---

<sup>465</sup> Inerente a “Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno dei lavoratori, giustizia e sicurezza, connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”, G.U. n. 43 del 2020.

<sup>466</sup> R. SAVIANO, *La certezza dell’umanità*, in La Repubblica, 28 novembre 2020.

<sup>467</sup> G. GIOSTRA, *L’emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in Diritto di Difesa, 28 marzo 2020.

## 5. Oltre lo *ius puniendi*: la dignità dell'uomo

La locuzione “dignità” deriva dalla parola latina “*dignitas*”, a sua volta derivante da “*dignitus*”, che significa appunto una persona degna e meritevole essendo, la persona degna, quella a cui possono essere attribuiti valori quali onore e rispetto.

L'uomo degno, nella mitologia greca e nei poemi omerici, è l'uomo che si contraddistingue per valorosità e coraggio, valori tutti riscontrabili nel personaggio di Ettore nell'Iliade; secondo Aristotele, invece, l'uomo degno è colui il quale appare essere cosciente di meritare la dignità.

Secondo queste concezioni, la dignità, appare come un qualcosa da raggiungere e meritare attraverso le proprie azioni.

Oggi, la parola “dignità” significa “Condizione di nobiltà morale in cui l'uomo è posto dal suo grado, dalle sue intrinseche qualità, dalla sua stessa natura di uomo, e insieme il rispetto che per tale condizione gli è dovuto e ch'egli deve a sé stesso.”<sup>468</sup>

Si comprende, dunque, come la dignità, oggi, non sia più considerata come un qualcosa da conquistare, ma, al contrario, come qualità insita al concetto stesso di individuo ed essere umano.

Tale concezione era già presente negli scritti di Beccaria, in quanto, lo stesso autore ha affermato che “Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa”<sup>469</sup>; medesimo orientamento di pensiero si riscontra in Kant, il quale, ha disposto che “l'umanità stessa è una dignità; infatti, l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro uomo né da lui) mera mente come mezzo, ma deve sempre essere trattato nello stesso tempo come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità”.<sup>470</sup>

---

<sup>468</sup> In vocabolario Treccani.

<sup>469</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di F. Venturi, Torino, 1965, 50.

<sup>470</sup> I. KANT, *Metafisica dei costumi*, 1797, a cura di N. Merker, Roma-Bari 1973, 333 ss. Inoltre, nella *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785, traduzione italiana a cura di P. Chiodi, in *Scritti morali*, Torino, 1970, 88, in cui si è affermato che: “agisci in modo da trattare l'umanità

La dignità, dunque, è un concetto insito in ogni individuo in quanto tale, essendo tuttavia necessario che le azioni di quest'ultimo non limitino e ledano la dignità altrui, discendendo, da tale valore, non solo diritti ma anche doveri.

Molte volte si afferma come la dignità sia un “bene comune”, ma, in realtà, tale affermazione è giusta solo se la stessa viene considerata come spettabile ad ogni individuo, infatti, nella opposta accezione sarebbe ridotta ad un mero bene e ciò non è concepibile, in quanto, trattasi di “un valore che non ha nessun prezzo, nessun equivalente con il quale si possa scambiare l’oggetto dell’estimazione.”<sup>471</sup>

Problematiche e criticità riguardo il rispetto della dignità umana e dei diritti dell’uomo sorgono, come evidenziato nel corso dell’intera trattazione fin qui svolta, all’interno degli istituti penitenziari.

Il carcere rappresenta il baricentro del sistema sanzionatorio e la colonna portante del sistema penale e dal correlato *ius puniendi*, e, ciò, è evidente dal fatto che la pena detentiva è stata da sempre preferita alla pena pecuniaria perché più afflittiva e conforme all’obiettivo della prevenzione speciale e generale.<sup>472</sup>

Appare, dunque, esservi un “monopolio del carcere”<sup>473</sup>, un monopolio che si caratterizza nell’isolare il detenuto e l’intera popolazione carceraria dal resto della società, un mondo in cui sono presenti svariate e, scarsamente risolte, criticità quali il sovraffollamento e la precarietà delle condizioni igienico-sanitarie, un contesto insito di abusi nei confronti dei detenuti e mai, seriamente, preso in considerazione.

Il carcere è stato definito come “cimitero dei vivi”<sup>474</sup> e tale pensiero non deve suscitare stupori, in quanto, nonostante nel corso degli anni vi siano stati diversi

---

, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo”.

<sup>471</sup> I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Königsberg*, Friedrich Nicolovius, 1797. Traduzione italiana di Giovanni Vidari (rivista da Nicolao Merker): *La metafisica dei costumi*. Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 333.

<sup>472</sup> L. GOISIS, *Effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012.

<sup>473</sup> N. MIRENZI, « *Bisogna rompere il monopolio del carcere* », in *Diritto penale e uomo*, fasc. 7 -8 , 1 luglio 2020.

<sup>474</sup> F. TURATI, *I cimiteri dei vivi (per la riforma carceraria)*, Discorso sul bilancio degli interni, effettuato alla Camera dei Deputati, Roma, 18 marzo 1904.

spiragli di luce tali da farci pensare che il mondo carcerario potesse avvicinarsi alla società, in realtà, ancora oggi, sussistono e sono presenti la maggior parte delle criticità passate.

Lo sfrenato ricorso al carcere è frutto, non di una scelta accurata e razionale, ma solo di un'indifferenza glaciale rispetto alle sorti dei detenuti, appositamente isolati al fine di prevenire la commissione di ulteriori reati scordandosi, quasi, della loro esistenza.<sup>475</sup>

La minaccia del male inflitto e, dunque, della pena, mette totalmente in ombra la funzione rieducativa della stessa sancita dall'art.27 co.3 cost., perseguendo, invece, l'obiettivo di una deterrenza basata sulla paura della pena detentiva.<sup>476</sup>

A fronte di tali tristi scenari, nel corso degli ultimi anni, la Corte, ha voluto ridare luce ai principi costituzionali soprattutto in relazione ad una pena che tende alla rieducazione del condannato.<sup>477</sup>

Se da un lato, infatti, al fine della deterrenza generale e speciale, è necessario che la pena sia concepita come certa e rigida, dall'altro deve considerarsi il brutale impatto che questa può avere sul soggetto cui la stessa è applicata; è necessaria, allora, una concezione della pena come flessibile, ossia, come libera e staccata da automatismi e preclusioni passate.<sup>478</sup>

---

<sup>475</sup> E. DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi. "Se uno cade e si sbuccia un ginocchio..."*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2018.

<sup>476</sup> S. BELLOTTI, *Certezza della pena: un percorso a ritroso, dall'attualità alla genesi e ritorno. Spinte verso la crisi del principio della pena legale ed aspettative di riforma*, in S. BELLOTTI - S. MARIOTTI - A. MELONI - R. RUSSO, *La certezza della pena. Nuove frontiere nel giudizio di pericolosità sociale*, Milano, Cedam, 2020, p. 2

<sup>477</sup> Corte cost. sent. 21 giugno 2018 (dep. 11 luglio 2018), n. 149, par. 7.

A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, fasc. 4/2018, p. 1651 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8/2018, p. 147 ss.; M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. dir. proc. pen.*, fasc. 3/2018, p. 1366 ss.

<sup>478</sup> In tema di preclusioni ed automatismi far riferimento a M. MICHETTI, *L'accesso ai permessi premio tra finalità rieducative della pena ed esigenze di politica criminale*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6/2019, p. 3124 ss.; F. POLEGRI, *Ergastolo ostativo e Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza resa nel caso Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, in *Riv. dir. intern.*, fasc. 1/2020, p. 174 ss.; Corte Cost. sent. 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019) n. 253.

Tali riflessioni ed irrisolte problematiche riportano, dunque, l'attenzione, su un punto focale in tal senso, ossia, l'umanità della pena; infatti, non può non pensarsi che le criticità dell'odierno sistema carcerario non consentano l'espiazione della pena in condizioni umane.

È importante, oggi, dare maggiore importanza ad un principio, il più delle volte, trascurato e sottovalutato, ossia quello stabilito dall'art.27 co.3 cost. "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"; ed inoltre ai principi della Corte europea dei diritti dell'uomo sanciti dagli artt. 2, diritto alla vita e 3, divieto di sottoposizione dell'individuo a torture o trattamenti inumani e degradanti.

Il disposto dell'art.3 CEDU, soprattutto, è diventato la condizione di una giusta detenzione e parametro, in base al quale, si verifica se la stessa possa definirsi tale.

I principi di rieducazione della pena ed umanità della stessa, sono principi basilari e svolgono un ruolo fondamentale tanto nella fase di formulazione della fattispecie penale quanto nella sua applicazione; i principi suddetti, consacrati dalla nostra Costituzione, dovrebbero essere applicati in tutti i sistemi penali mondiali, essendo assiomi che prescindono dalla legge e dalla legalità, ma che dovrebbero essere applicati a tutti gli individui per il solo fatto di essere considerati tali ed in qualsiasi situazione in cui si svolga la loro esistenza.

La dignità umana è, dunque, un qualità insita ad ogni soggetto e perciò meritevole di tutela in qualsiasi ambito in cui si svolga la vita umana.

È importante, dunque, considerare il carcere ed i loro "abitanti", non come realtà surreali e lontane dalla società, ma, al contrario come parte integrante della stessa collettività; infatti, l'espiazione della pena non è fine a se stessa, ma persegue l'obiettivo di reinserire nella società, tramite l'espletamento di un previo percorso rieducativo, soggetti considerati, purtroppo, come scarto della stessa.

Tuttavia, è proprio l'idea di scarto che deve essere abbandonata al fine di una giusta ed umana detenzione che possa, effettivamente, perseguire i fini per i quali la stessa è stata disposta: rieducazione e reinserimento sociale del reo.

A fronte dell'analisi svolta in queste pagine è, necessario e fondamentale, abbandonare la concezione di considerare i detenuti solo in quanto tali e ricominciare, invece, a trattarli da essere umani.

Solo a fronte di tale cambiamento di prospettiva, potrà essere raggiunto il risultato tanto sperato, ossia che le pene e la loro espiazione non ledano più la dignità degli essere umani ed i loro intrinseci diritti.

## Conclusioni

Dalla trattazione svolta nell'elaborato non si può fare a meno di considerare le diverse implicazioni che ne discendono in tal senso.

Innanzitutto, nonostante le diverse evoluzioni in materia avutesi nel corso degli anni, la problematica carceraria rappresenta uno dei più grandi scogli dell'intero ordinamento giuridico; la fragilità di questo mondo lasciato da sempre ai margini della società, è stato e purtroppo ed è ancora al centro del dibattito non solo statale ma anche mondiale.

I diversi ricorsi presentati alla Corte europea dei diritti dell'uomo testimoniano come ci sia una costante violazione dei diritti garantiti e riconosciuti a ciascun detenuto.

L'art.3 CEDU, nel corso degli anni, è stato più volte violato a seguito di diverse criticità che non sono state ancora del tutto risolte: sovraffollamento, precarietà di condizioni igienico-sanitarie, ridottissimo spazio personale lasciato a ciascun detenuto e maltrattamenti fisici e morali di ogni tipo.

Da ciò si evince implicitamente come, nonostante i garantismi normativi statali e sovranazionali, il mondo carcerario sia un microcosmo fragile e poco tutelato.

La problematica del trattamento penitenziario, oltre alla poca ed effettiva tutela data ai detenuti, consiste nel come gli stessi vengono considerati dal resto della società.

Quando ci si rivolge ai detenuti, infatti, ci si dimentica spesso di trattarli come individui e si tiene a mente il solo aspetto delinquenziale; affinché si abbia un reale cambiamento è pertanto necessario un'inversione di rotta in tal senso.

Ci si trova, dunque, di fronte ad una storia dal finale amaro: una storia fatta di uomini e donne dimenticati dal resto della società e abbandonati a loro stessi, di individui costantemente poco tutelati rispetto agli abusi di cui gli stessi sono vittime.

Ciò che fa più paura, in tale scenario, è la continua crescita di ricorsi presentati dai detenuti a seguito di varie violazioni subite nonostante il progresso normativo di tutela in tal senso.

Anche a seguito dell'abbandono della concezione della pena corporale e l'adozione di un pensiero della stessa del tutto rivoluzionario a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, nulla sembra essere cambiato o comunque quasi nulla.

I garantismi normativi sanciti dall'art.27 co.3 Cost e dall'art.3 CEDU necessitano, oggi, di una concreta applicazione; secondo il primo degli articoli menzionati "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" mentre, ai sensi dell'art.3 CEDU "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

Sono gli stessi Rapporti del CPT, tuttavia, a testimoniare come i principi sopra menzionati risultino essere scarsamente applicati; è proprio per tale motivo che lo stesso Comitato ha avvertito dunque l'esigenza di stilare un corpus di regole idoneo a tratteggiare i confini entro i quali una detenzione possa ritenersi conforme a dignità ed umanità o meno.

Al fine di un concreto rispetto di detti contenuti è necessario abbandonare la visione c.d. "carcerocentrica" e concentrarsi, invece, su un'espiazione della pena che si basi sulla rieducazione del detenuto; lo stesso, dunque, deve essere considerato non come soggetto al margine della società, ma, al contrario, come un individuo che necessita di essere rieducato e di recuperare la moralità perduta al fine di un suo ritorno nella collettività.

Vi è ovviamente la possibilità che sia il detenuto stesso a non voler essere parte di detto percorso interiore e, quindi, di non voler raggiungere gli obiettivi rieducativi prefissati; tuttavia, anche qualora la finalità rieducativa non riesca ad essere raggiunta per decisione del soggetto in questione, è necessario che comunque sia rispettato il principio di umanità e che il detenuto non venga sottoposto a trattamenti inumani o degradanti solo per tale scelta.

È necessario che i principi normativi generali e astratti sopra menzionati trovino quindi riscontro pratico nel corso dell'espiazione della pena.

Fondamentale è tenere in mente che nonostante sia stato commesso un reato ci si trova sempre di fronte ad un individuo, individuo nel quale sono insiti diritti che non possono mai ed in alcun caso essere violati dalla pena applicata.

È naturale che la conseguenza afflittiva sia insita nello stesso concetto di "pena", ma è necessario calibrare detta caratteristica con le più alte tutele di cui l'individuo necessita.

Sicuramente vi sono stati, da parte del legislatore, numerosi passi in avanti riguardo le esigenze del reo e del resto ciò è testimoniato dalla legge 26 luglio 1975, n.354 inerente a norme in tema di trattamento penitenziario; lo stesso articolo 1 di detta legge, costituzionalmente orientato, pone come caratteristiche imprescindibili della detenzione l'umanità, la dignità e la funzione rieducativa della stessa scongiurando la possibilità che siano effettuate violenze o discriminazioni.

Ancora una volta, però, ci troviamo di fronte ad auliche e rassicuratrici disposizioni normative che, al giorno d'oggi, purtroppo, trovano poco riscontro nella realtà pratica dei fatti.

È soprattutto con l'avvento del Covid-19 che sono emerse criticità aberranti che ormai si consideravano essere superate, basti pensare alla problematica del sovraffollamento carcerario; ed è proprio ciò che fa rabbrivire, il fatto che dopo anni di riforme penitenziarie nulla, in realtà, sia cambiato.

Si è costretti a confrontarsi e combattere, ancora oggi, con mentalità che considerano i detenuti come scarto sociale, come soggetti da chiudere dentro le celle e buttare via la chiave ed è proprio questo ostile atteggiamento che ci fa rimanere ancorati ad una visione del carcere ormai obsoleta e non conforme ai diritti riconosciuti all'individuo in quanto tale.

Sarà solo il totale abbandono della concezione suddetta a far sì che vi siano dei significativi cambiamenti evolutivi, ovvero, l'idea del carcere come luogo di ritrovamento di se stessi e della propria moralità.

Oggi, più di ieri, è necessario che i principi di rieducazione ed umanità si concretizzino nell'abbandono dei pregiudizi e degli stereotipi che da sempre hanno accompagnato tale realtà, essendo invece essenziale che gli stessi fungano da base per un riconoscimento ed una tutela completa dei diritti dell'uomo, diritti che, è bene ripetere, non possono essere violati neanche qualora sia commesso il più grave dei reati.

Carcere come luogo di insegnamento e detenuti come individui titolari di diritti inviolabili ed intrinseci al concetto stesso di uomo... solo così sarà possibile effettuare una reale e concreta inversione di tendenza rispetto ad un passato che purtroppo risulta essere ancora attuale.

## Bibliografia

ALBERTA V., *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art.4-bis, co. 1, ord. pen.: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019.

BALDUCCI P., MACRILLO' A., *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, A. Giuffrè editore, 2020.

BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc.4, p.185 ss e p.194 ss.

BARTOLI R., *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del Coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema Penale*, 24 aprile 2020, p.15.

BASSI V. A., *Il criterio di competenza territoriale nel procedimento di sorveglianza e il principio del giudice naturale*, in *Cass. pen.*, 1989, p.2088.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, Feltrinelli editore, 2014.

BELLOTTI B. S., *Certezza della pena: un percorso a ritroso, dall'attualità alla genesi e ritorno. Spinte verso la crisi del principio della pena legale ed aspettative di riforma*, in S. BELLOTTI - S. MARIOTTI - A. MELONI - R. RUSSO, *La certezza della pena. Nuove frontiere nel giudizio di pericolosità sociale*, Milano, Cedam, 2020, p. 2

BERNARDI S., *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *Sistema penale*, 28 gennaio 2020

BERNARDI S., *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio AIC*, 3 marzo 2020.

BIANCO C., *Dignità della pena e diritti umani: l'apporto del Consiglio d'Europa*, in ANASTASIA S., GONNELLA P. (a cura di) *Inchiesta sulle carceri italiane*, Carocci Editore, Roma, 2002.

CAIAZZA G. D., *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, in Guida dir., 11, 2019, p. 10

CAMON A., *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in Arch. pen., 2018, fasc. 3, p. 1 ss.

CANEPA M.- MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, Giuffrè, 2010.

CAPPELLETTO M.- LOMBROSO A. (a cura di) *Carcere e società*, Cedam, Padova, 1976.

CERASE M. *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 5 febbraio 2020

CHIAVARIO M., *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in Osservatorio AIC, 4 febbraio 2020

CIRIOLI G., *Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impiccati a una pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte Costituzionale*, in Osservatorio AIC, 4 agosto 2020.

COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, pp. 1817-1818.

COLELLA A., *La corte Edu si interroga sulla possibilità che dall'art.8 Cedu discenda il "diritto ad un suicidio dignitoso"*, in Dir. pen. cont., 4 aprile 2011.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in Dir. pen. cont., 2011, n. 1, p. 221 ss.

COLELLA A., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014, pp. 1-49.

COLELLA A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2/2019, pp. 811-858.

CORSO P., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Bologna, 2015.

CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Cedam, Padova, 2010.

DAGA L., *Trattamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, p.1304 ss.

DARAIO G., *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Diritto penale e processo*, 7, 2020, p. 936.

DEGANELLO M., *I rimedi risarcitori*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARINI (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, G. Giappichelli, p. 271 ss.

DE VITO R., *Camere senza vista: il carcere e l'emergenza sanitaria*, in *Questione giustizia*, 2, 2020, p.125.

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

DELLA BELLA A., *Il sovraffollamento delle carceri: una battaglia da combattere su più fronti*, in *Corriere del merito* 2013, n. 7, p. 701.

DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13.10.2014.

DELLA BELLA A., *“Il carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 ord. penit.*, Giuffrè, Milano, 2016, p.1-484.

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*, in *Dir. pen. cont.*, 2.5.2017.

DELLA BELLA A., *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 4, pp. 9.

DELLA BELLA A., *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, 01 maggio 2020.

DELLA BELLA A., *La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*, in *Sistema penale*, 16.4.2020.

DELLA BELLA A., *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sistema penale* 29.4.2020.

DELLA CASA F.- GIOSTRA G., *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, G. Giappichelli editore, 2020, p.19.

DI GENNARO G.- BONOMO M.- BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, Giuffrè, Milano, 1984.

DOLCINI E., *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l'antidoto offerto dalla carta costituzionale* (Relazione al VII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Torino, 9/10 novembre 2018), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 1, pp. 501-515.

DOLCINI E., *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena* (Nota a sent. CEDU sez. I 13 giugno 2019 (Marcello Viola vs Italia (n. 2))); in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 2, pp. 925-935.

DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 1, pp. 3-33.

DOLCINI E., *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani* (Relazione al Convegno "I principi del diritto penale nella postmodernità", Roma, 10-11 novembre 2017), in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, pp. 1667-1692.

DOLCINI E., *A proposito di "leggi svuotacarceri"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 3, pp. 6.

DOLCINI E., *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria* (Relazione al Convegno "La pena, ancora: tra attualità e tradizione", Milano, 10 maggio 2018), in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 2, pp. 393-425.

DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato* (Intervento al seminario "Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito", Milano, 16 novembre 2017), in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 4, pp. 1500-1504.

DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio* (Relazione al Convegno "1975-2015: 40 anni di Ordinamento penitenziario dalla cattedra di Vittorio Grevi", Pavia, 3-4 dicembre 2015), in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 4, pp. 1655-1673.

DOLCINI E., *Presente e futuro del sistema sanzionatorio. Introduzione* (Relazione al Convegno "Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative", Firenze, 16-17 novembre 2012), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 3, pp. 1146-1149.

DOLCINI E., *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi* (Relazione al Convegno "Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi", Pavia, 2-4 dicembre 2011), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 1, pp. 33-49.

DOLCINI E., *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza* (Relazione al Convegno "Riserva di legge e democrazie penale: ruolo della scienza penale", Bologna, 5-6 febbraio 2004), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, fasc. 1, pp. 50-70.

EMMERSON B.- ASHWORTH A.- MACDONALD A., *Human rights and criminal justice*, Sweet & Maxwell, Londra, 2007.

EUSEBI L., *L'ergastolo "ostativo". Traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci, Gli uomini ombra, Il segno dei Gabrielli Editori, 2010*, in *Criminalia*, 2010, pp. 675-677.

EUSEBI L., *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 4, pp. 1220-1229.

EUSEBI L., *Ostativo del "fine pena". Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante* (Intervento al seminario "Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito", Milano, 16 novembre 2017), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 4, pp. 1514-1517.

FABINI G., *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, in *antigone.it*, 2017.

FASSONE E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, Universale paperbacks Il Mulino, 105, 1980.

FERRAJOLI L., *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, fasc. 1, pp. 137-161.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Bologna, Zanichelli editore, 2014.

FILIPPI L.- SPANGHER G.- CORTESI M.F., *Manuale di diritto penitenziario*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2016.

FIorentin F., *Regime penitenziario speciale del '41-bis' e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, fasc. 2, pp. 187-201.

FIorentin F., *Regime speciale del "41 bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali* (Nota a C. Cost. 20 giugno 2013, n. 1439), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 3, pp. 2180-2187.

FIorentin F., *L'effettività della tutela risarcitoria delle condizioni detentive contrarie all'art. 3 Cedu: riflessioni a margine di un'indagine del Ministero della giustizia sulla prima applicazione dell'art. 35-ter, l. n. 354/1975*, in *Processo penale e Giustizia*, 2015, fasc. 3, pp. 8.

FIorentin F., *"Rimedi compensativi" per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento* (Nota a Cass. sez. I pen. 11 giugno 2015, n. 43722; Cass. sez. I pen. 11 giugno 2015, n. 43727), in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 2, pp. 692-700.

FIorentin F., *Risarcimento per l'inumana detenzione: bilancio a un anno dall'introduzione dei "rimedi compensativi" di matrice europea*, in *Studium iuris*, 2016, fasc. 3, pp. 266-274.

FIorentin F., *Un primo passo verso la "messa a regime costituzionale" del risarcimento per l'inumana detenzione dei condannati all'ergastolo* (Nota a C. Cost. 21 luglio 2016, n. 204), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, fasc. 4, pp. 1462-1471.

FIorentin F., *Art. 3 Cedu: risarcimento per trattamento inumano e degradante*, in *Diritto penale e processo*, 2016, fasc. 10, pp. 1386-1395.

FIorentin F., *Risarcimenti per la detenzione in condizioni inumane e degradanti: il giudice italiano guarda alla giurisprudenza Mursic (e oltre) per il bilanciamento dei criteri di accertamento* (Nota a ord. Trib. Sorveglianza Ancona 1 marzo 2017), in *Archivio penale*, 2017, fasc. 2, pp. 724-730.

FIorentin F., *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano* (Nota a Cass. sez. I pen. 13 dicembre 2016, n. 52819), in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 3, pp. 1185-1195.

FIorentin F., *L'esecuzione della pena e il difficile bilanciamento tra istanze di difesa sociale e rieducazione dei condannati* (Rassegna di giurisprudenza sent. C. Cost. 27 settembre 2019 n. 216;), in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 4, pp. 2221-2227.

FIorentin F., *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile?*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, fasc. 11, pp. 1596-1607.

FLICK G. M., *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, fasc. 1, pp. 9.

FIorio C., *L'isola che non c'è: 'area riservata' e art. 41-bis o.p.*, in *Giur. It.*, 2014, p.2862.

FRAGASSO B., *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. In attesa della Consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *Sistema Penale*, 24 febbraio 2020.

GALLIANI D., PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. 4, pp. 56.

GALLIANI D., PUGIOTTO A., *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, (Nota a sent. CEDU sez. I 13 giugno 2019 (Marcello Viola vs Italia (n. 2))); in *Osservatorio costituzionale*, 2019, fasc. 4, pp. 191-208.

GATTA G. L., *Art. 4 bis o.p. e legge 'spazzacorrotti': possibile, dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?*, in *Sistema Penale*, 17 febbraio 2020.

GATTA G. L., *Ancora a proposito del divieto di applicazione retroattiva del riformulato art. 4 bis o.p. Scarcerazioni già disposte (anche da un giudice a quo)*

*prima del deposito della sentenza della Corte costituzionale sulla legge 'Spazzacorrotti', in Sistema Penale, 24 febbraio 2020.*

GATTA G.L., *Carcere e coronavirus: che fare? Considerazioni a margine delle (e oltre) le rivolte*, in Sistema Penale, 12 marzo 2020.

GIANFILIPPI F., *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel D.L. 10 maggio 2020 n. 29*, in Giustizia Insieme, 12 maggio 2020.

GIOSTRA G., *L'emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in *Diritto di Difesa*, 28 marzo 2020.

GIUGNI I., *La differenza fra "dentro" e "fuori" il carcere è radicale: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 1, co. 6, lett. b), della legge cd. Spazzacorrotti*, in *Diritti Comparati*, 11 marzo 2020.

GOISIS L., *Effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012.

GONNELLA P., *La tortura in Italia – Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, DeriveApprodi, Roma, 2013, p.86.

GREVI V. – DOLCINI E. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981.

HARRIS D. J.- O'BOYLE M.- WARBRICK C., *Law of the European convention*, Oup Oxford, II ed., 2009.

LA GRECA G., *Rieducazione (misure di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, 1989, p.761 ss.

LAZZERI F., *La sentenza della Corte costituzionale sul regime intertemporale delle modifiche all'art. 4-bis ord. penit. introdotte dalla l. 3/2019 ("spazzacorrotti")*, in Sistema Penale, 24 febbraio 2020

MAISTO F., *Obiettivo 1 - Chi punire, perché punire, come punire - Introduzione* (Sandro Margara, *il giudice e il carcere*), in *Questione giustizia*, 2002, fasc. 5, pp. 1027-103.

MALCOLM EVANS D., MORGAN R., *Preventing torture – A study of the European Convention for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Clarendon Press, 1998.

MANCONI L., *A un centimetro di distanza*, in *La Repubblica*, 10 marzo 2020.

MANES V., *L'estensione dell'art.4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, fasc. 2, p. 105 ss.

MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema Penale*, 23 marzo 2020.

MARGARA A., *Carcere e libertà. Dalla negazione alla riaffermazione della libertà attraverso le misure alternative*, (Relazione svolta al Convegno "La libertà delle persone. Diritto penale e coercizione personale nella crisi dello Stato costituzionale", organizzato da questa Rivista e da Magistratura democratica, Napoli, 10-11 ottobre 2003), in *Questione giustizia*, 2004, fasc. 2-3, pp. 453-459

MARIANI E., *A proposito di MUSUMECI A., PUGIOTTO A., "Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo"* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2016), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 1, pp. 487-497.

MARINUCCI G., *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p.3 ss.

MARSILIO A., *Norma penale retroattiva: quando è legittima? La Consulta si pronuncia sui limiti alla retroattività della norma penale volta a modificare la natura della pena. Note a margine della sentenza del 26 febbraio 2020, n. 32 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 1 dicembre 2020.

MASSARO A. , *Detenzione domiciliare generica e art. 4 bis ord. penit.: rimane intatto l'automatismo preclusivo* (Nota a sent. C. Cost. 12 marzo 2020 n. 50;), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, fasc. 2, pp. 1142-1145.

MAZZUCA J., *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico* (Commento a C. Cost. 23 Ottobre 2019, n. 253), in *Federalismi.it*, 5 febbraio 2020.

MENEGHINI A., *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p.* Nota a Corte cost. n. 253/2019, in *Osservatorio AIC*, 3 marzo 2020

MENGOZZI M., *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere* (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019), in *Osservatorio AIC*, 3 marzo 2020;

MICHETTI M., *L'accesso ai permessi premio tra finalità rieducative della pena ed esigenze di politica criminale*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6/2019, p. 3124 ss.

MINNELLA C., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis o.p. e la sua applicazione dell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, p. 197

MIRENZI N., « *Bisogna rompere il monopolio del carcere*», in *Diritto penale e uomo*, fasc. 7 -8 , 1 luglio 2020.

MOCCIA S., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto. Relazione di sintesi* (Relazione al Convegno "I principi del diritto penale nella postmodernità", Roma, 10-11 novembre 2017), in *Riv. It. dir.proc. pen.*, 2018, fasc. 3, pp. 1720-1753.

MORGAN V. R., EVANS M. (a cura di), *Protecting Prisoners: the Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in context*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 104 ss.

MOWBRAY A.R., *The development of positive obligation under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004.

MURONE G., *Prime note in tema di “Spazzacorrotti” e modifiche all’ordinamento penitenziario*, in *Altalex*, 29 gennaio 2019

PADOVANI T., *Giustizia e pena. Lo Stato di diritto tra pena, carcere e sovraffollamento*, in *Giustizia insieme*, 2009, fasc. 2-3, pp. 31-36.

PADOVANI T., *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia*, 2016, pp. 27-32.

PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Archivio penale*, 2018, fasc. 3, pp. 577-585.

PALAZZO F., *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc.4, p.530.

PALMA M., *Ristretti e detenuti: la situazione europea*, in *Quest. Giust.*, n.2-3, 2004, pp. 436-452.

PALMA M., *Dignità e diritti delle persone private della libertà all’alba del nuovo millennio*, in *Italianieuropei*, n.3, 2008.

PELISSERO M., *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, fasc. 3, pp. 261-266.

PELISSERO M., *Le misure di sicurezza personali e le alternative al modello custodiale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, fasc. 6, pp. 1540-1546.

PELISSERO M., *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa* (Nota a sent. C. Cost. 11 luglio 2018 n. 149;), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, pp. 1359-1374.

PELISSERO M., *Sicurezza e diritti fondamentali: aspetti sostanziali*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, fasc. 11, pp. 1479-1480.

PELISSERO M., *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDiBlog*, 21 giugno 2019.

PELISSERO M., *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, fasc. 2, pp. 503-542.

PELISSERO M., *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale* (Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253;), in *La Legislazione penale*, 2020, fasc. 3, pp. 20.

POLEGRI F., *Ergastolo ostativo e Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza resa nel caso Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, in *Riv. dir. intern.*, fasc. 1/2020, p. 174 ss.

PISANI N., *Il disegno di legge 'spazzacorrotti': solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 11, p. 3589 ss

PUGIOTTO A., *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, (Nota a C. Cost. 22 novembre 2013, n. 2799), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6, pp. 4542-4549.

PUGIOTTO A., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici* (Relazione al Convegno "La lotta al sovraffollamento carcerario. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata", Ferrara, 14 aprile 2016), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, pp. 1204-1229.

PUGIOTTO A., *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 4, pp. 19.

PUGIOTTO A., *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il "rebus" dei rimedi ex art. 35 ter ord. pen. per inumana detenzione* (Nota a C. Cost. 21 luglio 2016, n. 204), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, fasc. 4, pp. 1449-1462.

PUGIOTTO A., *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, fasc. 2, pp. 449-469.

PUGIOTTO A., *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, fasc. 4/2018, p. 1651 ss.

PUGIOTTO A., *Divieto di retroattività penale, ma non solo: i tanti profili d'interesse della sentenza n. 32/2020*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, fasc. 2, pp. 395-398.

PUGIOTTO A., *La sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria* (Nota a sent. C. Cost. 4 dicembre 2019 n. 253:), in *Studium iuris*, 2020, fasc. 4, pp. 399-406.

PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, fasc. 6, pp. 3321-3341.

PUGIOTTO A., *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 febbraio 2020.

PULITANO' D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, fasc. 3, p.235

RAGIMOV I., *La moralità della pena*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016.

ROBERT V. C. N., *Si può o si deve migliorare il carcere? L'attività del Comitato per la Prevenzione della tortura presso il Consiglio d'Europa*, in *Antigone. Quadrimestrale di Critica del Sistema Penale e Penitenziario*, 2009, p. 184

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, G. Giappichelli, 2002.

RUOTOLO M., *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata* (Nota a C. Cost. 22 novembre 2013, n. 279), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6, pp. 4549-4555.

RUOTOLO M., *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41 bis* (Nota a C. Cost. 20 giugno 2013, n. 143), in *Consulta online*, 2013, pp. 6.

RUOTOLO M., *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti* (Nota a ord. C. Cost. 7 marzo 2012, n. 46), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, fasc. 2, pp. 684-692.

RUOTOLO M., *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti* (Nota a C. Cost. 7 giugno 2013, n. 135), in *Consulta online*, 2013, pp. 10.

RUOTOLO M., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019

SAVIANO R., *La certezza dell'umanità*, in *La Repubblica*, 28 novembre 2020.

SIRACUSANO F.- FIORENTIN F., *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 2016.

STELLA P., *Pena e politica criminale, aspetti teorici e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2008, p.179.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, fasc. 1, pp. 11-161-2, pp. 81-90.

TAMBURINO G., *Detenzione e diritti umani [Convegno annuale, Unione Camere Penali Italiane - Osservatorio Carcere, Milano, Palazzo Marino, 17 maggio 2013]*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2014, fasc. 1-2, pp. 53-64.

TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis della legge sull'ordinamento penitenziario: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto* (Nota a Cass. sez. I pen. 10 dicembre 2013, n. 49725), in *Giurisprudenza italiana*, 2014, fasc. 6, pp. 1493-1499.

TRAVAGLIA CICIRELLO T., *La funzione rieducativa della pena, le rigidità dell'ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale* (Nota a sent. C. Cost. 11 luglio 2018 n. 149;), in *Diritto penale e processo*, 2019, fasc. 3, pp. 363-372.

TOSCANO A., *la funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, A. Giuffrè, 2012.

VIGANO' F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, fasc. 2, pp. 481-499.

## Sitografia

[www.antigone.it](http://www.antigone.it)

[www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org)

[www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)

[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

[www.dejure.it](http://www.dejure.it)

[www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)

[www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)

[www.dirittopenaleuomo.org](http://www.dirittopenaleuomo.org)

[www.editiones.com](http://www.editiones.com)

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

[www.giuffrefrancislefebvre.it](http://www.giuffrefrancislefebvre.it)

[www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)

[www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

[www.governo.it](http://www.governo.it)

[www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)

[www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)

[www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)

[www.treccani.it](http://www.treccani.it)

[www.wikipedia.it](http://www.wikipedia.it)

[www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it)





