

L'art. 2 del Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28. Un argine, forse incostituzionale, alle recenti scarcerazioni di esponenti della criminalità organizzata.

di *Paolo Gentilucci*

Sommario. 1. La cornice normativa emergenziale in Italia. - 2. La probabile incostituzionalità dell'art. 2, D.L. 30 aprile 2020, n. 28. - 3. La giurisprudenza dei Tribunali di sorveglianza che ha originato il discusso intervento normativo. - 4. Il contrasto con le Direttive dell'Unione Europea e con la giurisprudenza della CEDU. - 5. Conclusioni.

1. La cornice normativa emergenziale in Italia.

Il flagello del "Covid-19", dopo aver insidiato i principi costituzionali del nostro ordinamento giuridico, è ora giunto finanche a mettere in pericolo alcuni principi che nulla hanno a che vedere con l'emergenza sanitaria.

In Italia, infatti, dopo la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, che ha ufficializzato lo stato di emergenza per sei mesi dalla data del provvedimento, si è susseguita una serie di Decreti Legge, di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, di Decreti interministeriali e ministeriali, spesso di dubbia legittimità costituzionale, che hanno stravolto la nostra convivenza sociale.

Già il Decreto Legge n. 18/2020 ("Cura Italia"), convertito con modifiche dalla Legge n. 27 del 24 aprile 2020, si era sforzato di regolamentare il sistema penitenziario nella fase emergenziale. Per far fronte a queste esigenze è intervenuto il comma 16 dell'art. 83 del Decreto, non modificato dalla Legge di conversione, secondo cui *"Negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni a decorrere dal 9 marzo 2020 e sino alla data del 22 marzo 2020, i colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati a norma degli artt. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, 37 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, e 19 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, sono svolti a distanza, mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti di cui all'art. 39, comma 2, del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 2000 e all'art. 19, comma 1, del decreto legislativo n. 121 del 2018"*.



Il successivo comma 17 ha disposto, invece, che *“Tenuto conto delle evidenze rappresentate dall'autorità sanitaria, la magistratura di sorveglianza può sospendere, nel periodo compreso tra il 9 marzo 2020 ed il 31 maggio 2020, la concessione dei permessi premio di cui all'art. 30 – ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, (- e - parola aggiunta dalla legge di conversione) del regime di semilibertà ai sensi dell'art. 48 della medesima legge e del decreto legislativo 2 ottobre 2011, n. 121”*.

Questa disposizione appare non conforme ai principi costituzionali ed in particolare alla norma di cui all'art. 27 della Costituzione, che implicitamente tutela la salute del recluso, cui deve consentirsi di effettuare anche, in caso di necessità, il periodo di quarantena che, per ovvi motivi, non può essere garantito in istituto.

Importanti disposizioni in materia di detenzione domiciliare e di licenze premio ai detenuti in regime di semilibertà sono, poi, contenute negli articoli 123 e 124 del Decreto Legge.

Come precisato nella relazione illustrativa, l'esigenza di contrastare il contagio deve interessare anche l'ambiente carcerario nel quale l'ampia concentrazione di personale di polizia penitenziaria, di detenuti e di operatori impone di alleggerire tale concentrazione ed attenuare il cronico problema dell'affollamento degli istituti penitenziari. Per tale motivo il legislatore ha ritenuto di ripercorrere il modello operativo sperimentato con la Legge n. 199/2010, sulla base delle impellenti esigenze sanitarie dei giorni nostri. Si osserva, anche, che lo strumento utilizzato non elude il principio rieducativo previsto dall'art. 27 della Costituzione e garantisce la tutela della sicurezza pubblica.

L'art. 123, al comma 1, ha disposto che, in deroga a quanto previsto dai commi 1, 2 e 4 dell'art. 1 della Legge 26 novembre 2010, n. 199, dalla data di entrata in vigore del provvedimento normativo la pena detentiva è eseguita, su istanza, presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza. Sono esclusi da tale beneficio i detenuti con pene superiori a diciotto mesi, i condannati per i delitti indicati dall'art. 4 *bis* della Legge n. 354/1975, per i delitti di minacce o molestie tali da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita, per i reati di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli, i delinquenti abituali, professionali o per tendenza, i detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14 *bis* della Legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'art. 14 *ter* della medesima legge, i detenuti che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per infrazioni disciplinari, i detenuti nei cui confronti sia stato redatto rapporto disciplinare, in quanto coinvolti nei disordini e nelle

sommose a far data dal 7 marzo 2020, i detenuti privi di domicilio effettivo.

Il Magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento che dispone l'esecuzione della pena presso il domicilio, salvo che ravvisi gravi motivi alla concessione ostativi alla concessione della misura. Si tratta di una previsione che attribuisce ampia discrezionalità alla magistratura e che, forse, potrebbe affievolire la portata del provvedimento.

Prosegue la disposizione stabilendo che, salvo si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena 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. La procedura di controllo, alla cui prestazione il condannato deve prestare il consenso, viene disattivata quando la pena residua da espiare scende sotto la soglia dei sei mesi.

La Legge di conversione ha previsto successivamente che al comma 5, dell'art. 123, il secondo periodo è sostituito dal testo seguente: *“L'esecuzione dei provvedimenti nei confronti dei condannati per i quali è necessario attivare gli strumenti di controllo indicati avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore. Nel caso la pena residua non superi di trenta giorni la pena per la quale è imposta l'applicazione delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, questi non sono attivati”*. Si tratta di un aggiustamento opportuno e dettato dal buon senso.

Il comma 6 disciplina, poi, le attestazioni cui è tenuta la direzione dell'istituto penitenziario e, in particolare, l'indicazione del luogo esterno di detenzione (abitazione o altro luogo o privato di cura, assistenza e accoglienza), mentre il successivo comma 7 dispone che, per i condannati minorenni, l'ufficio servizio sociale minorenni territorialmente competente, in raccordo con l'*équipe (penitenziaria* - lemma aggiunto dalla Legge di conversione) dell'istituto, provvederà, entro trenta giorni, alla redazione di un programma educativo.

L'eliminazione della relazione da parte della direzione dell'istituto penitenziario sul complessivo comportamento tenuto dal condannato durante la detenzione è dovuta alla necessità di semplificare gli incombenti, ma è basata anche sulla considerazione che gli unici elementi di valutazione sono quelli definiti preclusivi dal comma 1, come precisato dalla citata relazione illustrativa.

Il successivo art. 124 della norma (Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà) è stato completamente riformulato dalla Legge di conversione e statuisce che *“In considerazione della situazione straordinaria di emergenza sanitaria derivante dalla diffusione*



dell'epidemia da COVID-19 e ferme le ulteriori disposizioni di cui all'art. 52 della legge 26 luglio 1975, n. 354, al condannato ammesso al regime di semilibertà sono concesse licenze con durata fino al 30 giugno 2020, salvo che il magistrato di sorveglianza ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura".

La disposizione interviene sulla disciplina delle licenze concedibili ai condannati ammessi al regime di semilibertà, consentendo che l'estensione temporale delle licenze sino al 30 giugno 2020 in via ordinaria, come limite massimo della loro durata. Anche qui, però, è lasciato un discutibile margine discrezionale del Magistrato di sorveglianza.

Tale intervento, unitamente a quelli previsti dall'art. 123, intende contribuire, nell'attuale situazione di emergenza, a contenere le occasioni di contagio, senza mettere a rischio la sicurezza pubblica, ed è quindi pienamente condivisibile.

Da ultimo, con il Decreto Legge n. 28 in data 30 aprile 2020, sono state disposte *"misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazione 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"*.

2. La probabile incostituzionalità dell'art. 2, D.L. 30 aprile 2020, n. 28.

Si osserva preliminarmente che l'attuale sistema delle fonti evidenzia da un lato la tendenza ad affidare sempre più spesso ambiti di disciplina alle fonti secondarie (il Decreto Legge in sostituzione della legge ordinaria, le ordinanze di protezione civile invece del Decreto Legge, gli atti amministrativi generali che vanno oltre i regolamenti *stricto sensu*); dall'altro, i mutamenti nell'assetto del rapporto tra Parlamento e Governo, con una sempre maggiore invadenza dell'esercizio della funzione legislativa da parte dell'esecutivo.

In particolare, l'art. 2, *"Disposizioni urgenti in materia di detenzione domiciliare e permessi"*, prevede norme significative e di dubbia costituzionalità e modifica la disciplina degli articoli 30 *bis* e 47 *ter* O.P., in relazione ai permessi c.d. "di necessità" e alla detenzione domiciliare c.d. "umanitaria o in surroga".

Si tratta di misure che, proprio per la finalità "umanitaria" che le caratterizza, possono essere applicate anche ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale del 41 *bis*, per il resto esclusi dall'accesso a qualsiasi beneficio che consenta l'esecuzione extra muraria della pena detentiva.

In primo luogo, la statuizione si sofferma sull'art. 30 *bis* della Legge 26 luglio 1975, n. 354 (Provvedimenti e reclami in materia di permessi) ed incide sul primo comma dello stesso articolo, il quale prevede che *“Prima di pronunciarsi sull’istanza di permesso, l’autorità competente deve assumere informazioni sulla sussistenza dei motivi addotti, a mezzo delle autorità di pubblica sicurezza, anche del luogo in cui l’istante chiede di recarsi”*.

A questo comma vengono, infatti, aggiunti i seguenti periodi: *“Nel caso di detenuti per uno dei delitti previsti dall’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, l’autorità competente, prima di pronunciarsi, chiede altresì il parere del procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall’art. 41-bis, anche di quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. Salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta dei predetti pareri”*.

Quindi, per entrambe le misure, la modifica consiste nella previsione di un parere obbligatorio sull’istanza che i giudici di sorveglianza devono chiedere al procuratore distrettuale, se la decisione riguarda l’autore di uno dei gravi reati elencati nell’art. 51, comma 3 *bis* e comma 3 *quater* c.p.p., anche quello nazionale, se riguarda un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale del 41 *bis*.

La differenza tra le due ipotesi riguarda i tempi di attesa da parte dei giudici. Nel caso dei permessi di necessità, la legge non prevede un termine entro il quale il procuratore debba rendere un parere, ma la norma stabilisce tuttavia che la misura non possa essere concessa dal magistrato di sorveglianza prima di 24 ore dalla richiesta, *“salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza”*, lasciando così intendere che, dopo le 24 ore, il magistrato può emettere la sua decisione senza attendere il parere della procura, anche in assenza di urgenza.

Anche nel caso di detenzione domiciliare “umanitaria” (lettera b) dell’art. 2 del Decreto Legge n. 28/2020) non è previsto un termine entro il quale la procura debba pronunciarsi, ma si quantifica il tempo di attesa da parte dei giudici di sorveglianza, stabilendo in questo caso che la decisione non possa essere assunta prima di due giorni se il destinatario è autore di uno dei reati di cui all’art. 51 c.p.p. e prima di quindici giorni, nel caso di detenuti sottoposti al regime del 41 *bis*. Come nell’ipotesi dei permessi di necessità, anche per la detenzione domiciliare la norma, con una discutibile formulazione, prevede la possibilità di procedere prima dei tempi indicati in caso di “motivata eccezionale urgenza”.

La disposizione incombe come un macigno sul sistema dei provvedimenti in materia dei permessi. Si tratta di pareri obbligatori, ma ovviamente non vincolanti; lo si desume sia dal fatto che il magistrato, decorsi i termini previsti possa pronunciarsi anche in assenza del parere, sia dal rispetto del principio costituzionale di autonomia e indipendenza della magistratura. Si osserva, inoltre, che alcuni termini sono talmente brevi che difficilmente l'organizzazione burocratica delle procure saprà farvi tempestivamente fronte, con possibili procedimenti disciplinari per il personale dipendente. Infine, si ritiene implicito, anche se non precisato dalla disposizione, che i pareri dovranno configurarsi come motivati e dettagliati sulla base di elementi informativi approfonditi ed effettivamente aggiornati, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 4 *bis*, comma 2, O.P.

Ciononostante, appare evidente che gli stessi pareri avranno un'influenza incontestabile nei confronti del Tribunale di sorveglianza, soprattutto nel caso di quelli emessi dal procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo, svilendo la funzione del magistrato di sorveglianza.

Inoltre, la disposizione così formulata appare sostanzialmente inutile, data la brevità dei termini, ma anche irragionevole in relazione alla disciplina della detenzione domiciliare. Infatti, sulla base di un'interpretazione letterale del testo, salve possibili modifiche in sede di conversione del provvedimento, le limitazioni contenute nell'art. 2 a proposito della scarcerazione dei *boss*, sembrerebbero riguardare solamente la misura domiciliare sostitutiva del differimento della pena, ma non invece l'istituto del differimento che, in quegli stessi casi, il giudice rimarrebbe libero di disporre. Paradossalmente un giudice - che non intendesse attendere un parere che tarda ad arrivare - potrebbe decidere, magari a fronte dell'aggravarsi del quadro clinico del condannato, di differire la pena *ex art. 147 c.p.*, restituendo al condannato una libertà piena, seppur provvisoria, in una condizione che dà minori garanzie di rispetto delle esigenze di prevenzione che invece si volevano garantire. E non si condivide quella dottrina che ritiene possibile superare *l'impasse* con un'interpretazione sistematica della norma, che dovrebbe indurre a ritenere necessaria la richiesta del parere anche per la misura del differimento, in assenza di una precisazione normativa¹.

L'art. 2 del citato Decreto Legge n. 28/2020 modifica, poi, il nono comma dell'art. 30 *bis* della Legge n. 354/975, secondo cui "*Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito, con relazione trimestrale, dagli organi che li hanno rilasciati*". Infatti, nella nuova formulazione, "*Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito con*

¹ A. Della Bella, *Emergenza covid e 41 bis tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in Sistema Penale del 30 aprile 2020.

relazioni trimestrali degli organi che li hanno rilasciati e, nel caso, di permessi concessi a detenuti per delitti previsti dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale o a detenuti sottoposti al regime previsto dall'art. 41 bis, ne dà comunicazione, rispettivamente, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo". Si tratta di una norma che adegua il sistema informativo alle nuove disposizioni.

3. La giurisprudenza dei Tribunali di sorveglianza che ha originato il discusso intervento normativo.

Le norme poc'anzi richiamate sembrano, a prima vista, contrarie all'art. 77, comma 2, Costituzione², nella misura in cui le ponderate e motivate decisioni dei Tribunali di sorveglianza non sembrano poter essere annoverate nei *casi straordinari di necessità e urgenza*. Inoltre l'intervento legislativo rischia di indebolire il ruolo della magistratura di sorveglianza, in un momento delicato nel quale la stessa è divenuta bersaglio di ingiustificati attacchi da parte dell'opinione pubblica.

Vediamo in breve come nasce questa frettolosa e probabilmente incostituzionale disposizione normativa, che avrebbe richiesto un intervento legislativo ordinario e ponderato.

Tra le tante decisioni, si segnala che in data 23 aprile il Tribunale di sorveglianza di Sassari ha disposto la scarcerazione di Pasquale Zagaria, 60 anni, recluso in regime di 41 *bis*, legato al clan dei casalesi e fratello del *superboss* Michele Zagaria, noto come "*Bin Laden*".

La decisione prende lo spunto dalla storia clinica del detenuto, sottoposto nei mesi scorsi ad un delicato intervento chirurgico e dal contenuto dei certificati medici trasmessi dal responsabile del Presidio Tutela della Casa circondariale di Sassari, dai quali emerge come lo stesso risulti "*affetto da una patologia rientrante tra quelle a cui è possibile riconnettere un elevato rischio di complicanze legate all'infezione da Covid-19*". A fronte di tale ineccepibile istruttoria, secondo cui il detenuto "*non poteva effettuare il follow-up post-chirurgico e post-terapia in quanto il Centro Clinico di riferimento era stato individuato come centro Covid-19*", diligentemente il Tribunale di sorveglianza chiedeva chiarimenti al responsabile sanitario del carcere al fine di verificare se vi fossero strutture ospedaliere in Sardegna ove poter effettuare il necessario *follow-up*, nonché al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (D.A.P.) al fine di

² L'art. 77, comma 2, Cost., è bene ricordare, dispone che "*Quando, in casi straordinari di necessità e urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni*".

verificare l'eventuale possibilità di trasferimento in altro istituto. Mentre il responsabile sanitario del carcere rispondeva in senso negativo, il D.A.P. non forniva alcuna risposta.

Dopo aver passato in rassegna i presupposti di cui all'art. 147, comma 1, n. 2, c.p.(differimento della pena in caso di grave infermità fisica), il Tribunale ha richiamato quella consolidata giurisprudenza secondo cui ai fini dell'accoglimento di un'istanza di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva per gravi motivi di salute, *“non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorre pur sempre che le infermità siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio al diritto della salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario”*³.

Alla luce di tali principi, nonché della situazione clinica descritta, il Tribunale ha concluso ritenendo sussistenti i presupposti di cui al citato art. 147, comma 1, n. 2 c.p., tali da giustificare il differimento della pena per grave infermità fisica di tre mesi.

Infine, il Tribunale si è soffermato sul rischio per il detenuto di contrarre la patologia Sars-Cov-2 in forme gravi, circostanza che ne aveva sconsigliato il ricovero negli ospedali. Tale verifica è stata ritenuta necessaria dal Tribunale, anche in termini di prevenzione, così come chiarito dal D. Lgs. n. 230 del 22 giugno 1999.

Alla luce di tutti gli elementi illustrati, il Tribunale ha concluso affermando l'esigenza di tutela del diritto alla salute prevalente su quelli dell'ordine e della sicurezza pubblica, i quali *“potranno comunque ricevere copertura attraverso un adeguato sistema traduzione del detenuto nel domicilio e un congruo regime di prescrizioni, che impedisca l'uscita dal domicilio se non per ragioni sanitarie e imponga la frequentazione delle sole persone conviventi”*⁴.

Un caso analogo si era avuto nell'ordinanza n. SIUS 2020/9025 emessa in data 20 aprile 2020 in via provvisoria ed urgente dal magistrato di sorveglianza di Milano. In questo caso il detenuto - condannato a 18 anni e 8 mesi di reclusione per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa ed estorsione - si trovava per l'età avanzata (78 anni) ed il quadro patologico (gravi patologie di tipo cardiaco e oncologico) in una

³ Si veda, da ultimo, Cass, Pen., Sez. I, 17 maggio 2019, n. 27352.

⁴ Si veda G. Stampanoni Bassi, *Il differimento della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra il diritto alla salute del detenuto anche se dotato di “caratura criminale” e interesse pubblico alla sicurezza sociale*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 4.

situazione tale per cui l'esposizione al contagio da Covid-19 avrebbe esposto la salute dello stesso a "*conseguenze particolarmente gravi*". È evidente, del resto, che l'isolamento che caratterizza il regime del 41 *bis* non mette al riparo i soggetti che vi sono sottoposti dal rischio di contagio e ciò a causa del contatto quotidiano, in particolare con gli agenti di polizia penitenziaria. Ed è proprio il rischio del contagio derivante dalla prosecuzione della detenzione che ha indotto il magistrato a ritenere integrato il presupposto del "*grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione*" e, quindi, ad emanare il provvedimento, in via provvisoria ed urgente, sulla base dell'art. 47 *ter*, comma 1 *quater*, O.P., che prevede poi la successiva trasmissione degli atti al Tribunale di sorveglianza per la decisione definitiva.

Il giudice, dunque, nell'ambito della valutazione discrezionale che l'art. 47 *ter* O.P., gli attribuisce, ha ritenuto che la misura domiciliare realizzasse un equilibrio ragionevole tra la tutela della salute del condannato, esposta al pericolo di un grave pregiudizio in caso di prosecuzione della detenzione e l'esigenza di prevenire il pericolo della commissione di futuri reati da parte del condannato. Un pericolo quest'ultimo che il giudice ha ritenuto ragionevolmente escluso in considerazione del "*compromesso quadro di salute del condannato*". Nel bilanciamento dei beni in gioco ha, poi, influito nella fattispecie "*il non lontano fine pena (...) a fronte di una lunga carcerazione*" e, dunque la considerazione che a breve il soggetto sarebbe comunque ritornato in libertà, fruendo di una libertà piena, senza nemmeno il contenimento ora garantito dalla misura cautelare.

Quindi, altro che invio degli ispettori ministeriali; l'operato dei vari Tribunali di sorveglianza, "colpevoli" delle scarcerazioni, appare ineccepibile e adeguatamente motivato in fatto e diritto e, quindi, inattaccabile.

Quando si parla, infatti, di diritti inderogabili, ci si riferisce ai diritti che hanno un nucleo incompressibile qualunque siano le circostanze del caso concreto e non tollerano bilanciamento neanche per la salvaguardia di altri rilevanti interessi. Tra questi certamente si deve considerare il diritto alla salute e al trattamento umano, rispettivamente sanciti dall'art. 32, 2 e 27, comma 3, della Costituzione.

Alle previsioni della nostra carta costituzionale devono aggiungersi quelle contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo – al cui rispetto il nostro ordinamento è tenuto in forza dell'art. 117 della Costituzione – che parimenti qualificano come inderogabili il divieto di trattamenti inumani (art. 3) e la protezione della vita e dell'integrità fisica, che lo Stato deve perseguire anche attraverso l'adozione di misure "positive" nei confronti dei soggetti affidati alla sua custodia (art. 2). Si tratta di previsioni alle quali la Convenzione europea accorda una tutela assoluta,

poiché - secondo quanto previsto dall'art. 15 della stessa CEDU – ad esse non si può derogare nemmeno “*in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*”.

E a questi principi sono tenuti a dare applicazione i giudici italiani anche quando ciò implichi un arretramento dello Stato di diritto rispetto ad esigenze di prevenzione per agire sempre nei binari della legalità, anche nei confronti dei peggiori criminali.

Un diverso contemperamento delle esigenze contrapposte sarebbe stato possibile nei casi in argomento, consentendo la prosecuzione delle cure del detenuto e garantendo così la tutela della sua salute, in un luogo che realizzasse una maggiore soddisfazione delle istanze di prevenzione.

Tale soluzione si sarebbe realizzata se il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria avesse pianificato il trasferimento di quei detenuti in regime di 41 *bis*, che ne avrebbero avuto bisogno per ragioni di salute, in strutture penitenziarie o in istituti ospedalieri attrezzati, così da garantire la salute ed insieme assicurare la prevenzione di difesa sociale. Un'operazione non impraticabile, se si considera l'esiguità del numero di detenuti sottoposti al regime detentivo speciale (complessivamente circa 700) in situazione di grave infermità fisica di cui all'art. 147 c.p.

Ma le decisioni dei Tribunali di Sorveglianza hanno contribuito anche a scatenare un terremoto nei vertici del Dipartimento Penitenziario, in quanto il Capo Dipartimento Francesco Basentini, in data 1° maggio, ha rassegnato le proprie dimissioni.

Infatti, la situazione delle carceri, già complicata per il sovraffollamento che nell'ultimo anno è aumentato di mese in mese, si è fatta esplosiva con l'emergenza coronavirus. Lo scorso 7 marzo, dopo la notizia che le visite ai detenuti da parte dei familiari sarebbero state sospese per contenere il rischio dei contagi, in numerosi istituti sono scoppiate gravissime rivolte, con morti e danni alle strutture. Le richieste di dimissioni del Capo Dipartimento sono poi divenute più pressanti proprio dopo l'uscita dal carcere di alcuni esponenti della criminalità, primo fra tutti Michele Zagaria.

Il Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria deve, quindi, ritenersi un vero e proprio *capro espiatorio* di una situazione creatasi anche per le responsabilità politiche del Ministro della Giustizia e del Governo, proprio come accadde nel luglio 2013 in occasione del caso analogo della “questione kazaka” relativa all'affare Shalabayeva, al Prefetto Procaccini, Capo di gabinetto del Ministro dell'Interno Alfano, che invece rimase al suo posto.

4. Il contrasto con le Direttive dell'Unione Europea e con la giurisprudenza della CEDU.

Si ritiene anche che la normativa ritenuta emergenziale si porrà in contrasto con le direttive dell'Unione Europea e con la giurisprudenza della CEDU.

Infatti, già il 9 marzo 2004 il Parlamento europeo riunito in sessione plenaria a Strasburgo ha approvato la Relazione sui diritti dei detenuti nell'Unione europea presentata dal Presidente dei deputati radicali italiani, in quanto dai rapporti del Consiglio d'Europa (CdE) e del Comitato Europeo per la prevenzione della torture e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), istituito da una convenzione della CdE del 1989⁵ con compiti di monitoraggio, emergeva un quadro allarmante delle condizioni in cui erano ristretti i detenuti nei paesi dell'Unione Europea.

I rapporti del CPT segnalavano la drammatica persistenza – oltre alla sovrappopolazione – della violazione di alcuni diritti dei detenuti tra cui quelli derivanti dall'estrema durezza del regime speciale, detto del 41 *bis*, previsto da una legge della Repubblica Italiana, sul quale il CPT ha espresso la sua preoccupazione e che pone problemi di conformità con i diritti umani fondamentali.

Inoltre, il Consiglio d'Europa approvava numerose risoluzioni e raccomandazioni che toccano i principali aspetti della detenzione: oltre alle “Regole penitenziarie europee” (una sorta di linee guida), anche quelle sulla sovrapposizione carceraria, sull'assistenza sanitaria in prigione, sull'educazione, sugli stranieri, sulle pene alternative. I principi contenuti in tali documenti non sono però giuridicamente vincolanti per gli Stati e spetta alle leggi nazionali e alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo dettare le norme per gli Stati membri in materia di privazione della libertà.

Le violazioni dei diritti dei detenuti sono sanzionate a livello nazionale dalle rispettive corti sulla base delle leggi nazionali e, a livello europeo, dalla Corte Edu, che può intervenire per condannare uno Stato rispetto ad una violazione dei diritti e delle libertà fondamentali in un caso individuale. La stessa Corte ha sviluppato una giurisprudenza evolutiva a garanzia dei diritti dei detenuti, che si basa principalmente sull'art. 3 (proibizione della tortura e delle pene inumane e degradanti) e che integra anche elementi extra-convenzionali, come le regole penitenziarie europee

⁵ Si tratta in particolare della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata nel 1987, entrata in vigore nel 1989 e successivamente integrata da due Protocolli, entrambi adottati nel 1993 ed entrati in vigore nel 2002.

ed i rapporti del CPT rispetto ad un determinato istituto penitenziario. La Corte Edu, oltre a condannare gli abusi compiuti da agenti dello Stato, è passata ad affermare che l'art. 3 tutela il diritto "*a essere detenuto in condizioni che devono essere compatibili con il rispetto della dignità umana*", dovendosi svolgere la verifica della sussistenza di un maltrattamento che raggiunga un "*minimo di gravità*", da valutare relativamente al caso di specie. Sugli Stati incombono obblighi negativi di astensione (non sottomettere i detenuti a condizioni di detenzione che siano costitutive di un maltrattamento contrario all'art. 3) ed obblighi positivi (assicurare condizioni di detenzione conformi alla dignità umana). Non è più tollerabile, quindi, che gli Stati membri mantengano o istituiscano (come sembra essere quella oggetto della presente analisi) legislazioni contrarie alla giurisprudenza della Corte Edu (che vincola anche l'Unione Europea in virtù dell'art. 6 TUE), arrivando finanche a non applicare le proprie leggi di tutela dei detenuti e negandogli di ricorrere contro le violazioni dei loro diritti.

In tempi più recenti, il Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, con raccomandazione adottata l'11 gennaio 2006, ha stabilito "Le Regole Penitenziarie Europee".

Si deve osservare in primo luogo che il punto 1 dei principi fondamentali sancisce che "*Tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo*".

Inoltre il punto 12 n. 1 dispone che "*Le persone che soffrono di malattie mentali e il cui stato di salute mentale è incompatibile con la detenzione è incompatibile con la detenzione in carcere dovrebbero essere detenute in un istituto espressamente concepito a tale scopo*".

Il n. 2 precisa, inoltre, che "*Se, tuttavia, queste persone sono eccezionalmente detenute in un carcere, la loro situazione e i loro bisogni devono essere disciplinati da regole speciall*".

Ma soprattutto la parte III si sofferma sulla salute dei detenuti e statuisce al punto 39 che "*Le autorità penitenziarie devono salvaguardare la salute dei detenuti affidati alla loro custodia*". E il punto 40, n. 5, precisa che "*A tale scopo, tutti i necessari servizi medici, chirurgici e psichiatrici compresi quelli disponibili nella comunità libera devono essere messi a disposizione del detenuto*".

Da tali disposizioni si evince chiaramente come il diritto alla salute del detenuto sia primario e vada salvaguardato in maniera incondizionato, anche nei confronti di quei pregiudicati di elevato profilo criminale.

Ma il Parlamento europeo è intervenuto successivamente con la risoluzione del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 27 settembre 2018.

In *primis*, il Parlamento ha manifestato la sua preoccupazione per le condizioni detentive di alcuni Stati membri, ha esortato gli stessi a rispettare le regole in materia di detenzione derivanti dagli strumenti di diritto internazionale e delle norme del Consiglio d'Europa e ha ricordato che la privazione della libertà non costituisce una privazione della dignità. Ma le disposizioni di interesse sono contenute nei punti 41, 42 e 43 della raccomandazione. Il punto 42 *“ricorda il principio universale alla salute e invita gli Stati membri a garantire l'accesso ad adeguate prestazioni sanitarie e ad opportune strutture mediche in carcere e a provvedere affinché i detenuti abbiano accesso all'assistenza sanitaria laddove necessario garantendo che per ogni carcere sia designato personale medico in numero sufficiente; esprime preoccupazione in merito alle difficoltà incontrate dai detenuti in diversi Stati nell'accesso a un medico o per ottenere sostegno psicologico”*.

E con maggiore determinazione il punto 43 *“esorta gli Stati membri a garantire che i detenuti che soffrono di patologie gravi o croniche, compreso il cancro, ricevano le cure specifiche necessarie”*.

Da ultimo, il punto 44 *“invita gli Stati membri che non applicano già tali pratiche a prendere in considerazione l'adattamento delle pene dei prigionieri gravemente malati per motivi umanitari, fatta salva l'autorizzazione giudiziaria e tenendo conto del grado di pericolosità dei detenuti e del parere di un comitato di esperti”*.

Si ritiene, pertanto, che, anche sotto questo profilo, la normativa introdotta con il Decreto Legge n. 28/2020 possa costituire un ostacolo alla realizzazione di tali principi.

Ma ancora più stridente appare il contrasto con la giurisprudenza della CEDU, in particolare con riferimento alla materia del 41 *bis* O.P.

A parte le pronunce che hanno riguardato specifici episodi, in particolare i drammatici eventi del carcere di Pianosa, le sentenze della Corte EDU hanno nel tempo contribuito a limare alcune delle maggiori asperità del regime differenziato, anche se non avevano mai individuato violazioni convenzionali nell'esistenza *in se* del regime differenziato. E anche quando la Corte veniva interessata per specifiche situazioni dei ricorrenti, che lamentavano l'applicazione di un trattamento inumano e degradante nei propri confronti per ragioni connesse al proprio stato di salute⁶ o la prosecuzione del regime differenziato per una durata talmente protratta da configurare, nell'ipotesi del ricorrente, una violazione dell'art. 3, ha sempre respinto le doglianze, ritenendo non superata quella soglia di gravità richiesta per la violazione sostanziale del predetto articolo. Anche quando le modalità di applicazione del regime detentivo sono apparse, dalla ricostruzione del fatto offerto dal ricorrente, particolarmente

⁶ Si veda, su tutti, il *leading case* CEDU Enea c. Italia, ric. n. 74912/01.

vessatorie, le procedure davanti alla Corte europea si sono però scontrate con problematiche connesse al mancato esaurimento dei ricorsi interni, che ne hanno impedito la trattazione⁷.

Importanti elementi di novità vengono offerti dalla sentenza Provenzano pronunciata il 25 ottobre 2018⁸. Infatti, anche se la decisione non affronta la legalità convenzionale del regime differenziato, data per scontata, offre argomenti di riflessione sotto due profili.

Il primo riguarda l'adeguatezza del ricorso in Cassazione avverso il provvedimento del Tribunale di Sorveglianza. A tale riguardo, la Corte europea evidenzia come i parametri interpretativi della Cassazione abbiano di fatto privato il rimedio di qualunque efficacia, salvo si versi in ipotesi eccezionali di assenza totale di motivazione o di motivazione quasi impossibile. Dalle affermazioni della Corte poteva anche prima essere ricavato il principio secondo il quale, quando un ricorrente non lamenti genericamente la sottoposizione al regime differenziato come violazione dell'articolo 3, ma abbia argomenti specifici riferibili al proprio caso concreto, quali, appunto, problematiche di carattere psichico o fisico, possa ricorrere alla Corte europea senza prima adire la Cassazione.

Successivamente alla sentenza Provenzano, però, si è formata una giurisprudenza conseguente ad una pronuncia della Corte costituzionale⁹ che, sebbene non relativa alla verifica giurisdizionale dei decreti di regime differenziato, potrebbe consentire, per specifiche ipotesi, di ritenere sussistenti le caratteristiche di adeguatezza richieste dalla Corte europea affinché il rimedio interno debba essere obbligatoriamente espedito. La Corte di Cassazione, infatti, in materia di istanze di differimento pena o di detenzione domiciliare, ha precisato che la sottoposizione al regime differenziato non costituisce impedimento alla applicabilità della detenzione domiciliare "in deroga", confermando il precedente orientamento citato per il caso della decisione del Tribunale di sorveglianza di Sassari¹⁰. Però, già in precedenza, la Cassazione aveva mostrato particolare attenzione alla carenza motivazionale sul punto¹¹.

Il secondo aspetto, che costituisce motivo di contrasto tra il regime differenziato e i diritti fondamentali del detenuto, riguarda la natura e gli effetti dei decreti di rinnovo. Infatti, il fatto che la fonte di limitazioni così gravi e afflittive sia ministeriale e non giurisdizionale, desta non poche perplessità. La verifica giurisdizionale, solo in caso di reclamo, interviene

⁷ Si vedano le pronunce CEDU Gallico c. Italia, 28 giugno 2005, ric. 53723/00; Riina c. Italia, 19 marzo 2013, ric. 43575/09.

⁸ CEDU Provenzano c. Italia, ric. 55080/13.

⁹ Corte costituzionale, Sent. 19 aprile 2019 (ud. 6 febbraio 2019), n. 99.

¹⁰ Si veda in particolare Cass. Pen., sez. I, 5 luglio 2019, n. 29488

¹¹ Si vedano in particolare Cass. Pen., sez. I, 19 dicembre 2018, n. 57543; Cass. Pen., sez. I, 31 maggio 2018, n. 24709

ormai oltre un anno dalla comunicazione del decreto di rinnovo, per la cronica carenza strutturale che affligge il Tribunale di Sorveglianza di Roma.

La condanna comminata dalla Corte riguarda, infatti, la carenza motivazionale del decreto di rinnovo, che comunque ha esplicitato i propri effetti dal momento dell'emissione sino al decesso di Provenzano, avvenuto prima della celebrazione dell'udienza del Tribunale di Sorveglianza. L'orientamento seguito dalla Corte nelle sentenze che avevano riconosciuto la violazione dell'art. 6 CEDU, in sostanza è riferibile alla situazione attuale: *“il semplice superamento di un termine legale non costituisce una violazione del diritto garantito, Tuttavia, il tempo necessario per l'esame di un ricorso può minarne l'efficacia”*. E il sistema dei pareri, introdotto con l'art. 2 del Decreto Legge n. 28/2020, pur in presenza di termini relativamente brevi, non favorirà certo il percorso indicato dalla Corte europea¹².

5. Conclusioni.

Certamente lo sforzo del Governo per affrontare la complessa problematica delle carceri, avviene in una situazione complessa e di estrema difficoltà operativa e non deve quindi essere stigmatizzato.

Tuttavia, non può sottacersi che si debba tenere conto anche degli elementari principi costituzionali in materia e, soprattutto, quelli del diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione ed il diritto ad un trattamento umano dei detenuti, sanciti dagli articoli 2 e 27 e dalla normativa europea sopra citata, seguiti a ruota da quello primario del buon senso istituzionale, spesso umiliato dalla presunta legislazione emergenziale.

Ne deriva di conseguenza che, se i detenuti devono andare incontro alle inevitabili e giuste restrizioni personali, si auspica quantomeno che queste siano limitate al minimo indispensabile e, soprattutto, siano in linea con i principi di uno Stato democratico.

¹² Si veda sul tema M. S. Mori, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 1-bis.