Università Roma Tre
*Master in "Diritto penitenziario e Costituzione"*

*Direttore*
Marco Ruotolo

10

*Collana "Diritto penitenziario e Costituzione"*
diretta dal Prof. Marco Ruotolo

Comitato scientifico
*Prof. Paolo Benvenuti*
*Prof.ssa Marta Cartabia*
*Dott. Massimo De Pascalis*
*Prof. Giovanni Maria Flick*
*Prof. Franco Modugno*
*Prof. Guido Neppi Modona*
*Prof. Valerio Onida*
*Prof. Mauro Palma*
*Prof. Marco Ruotolo*
*Prof. Giovanni Serges*
*Prof. Gaetano Silvestri*
*Prof. Giorgio Spangher*
*Pres. Riccardo Turrini Vita*

# IL CARCERE ALLA PROVA DELL'EMERGENZA SANITARIA

*a cura di*

MARCO RUOTOLO *e* SILVIA TALINI

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il presente volume è pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre"

*Proprietà letteraria riservata*

Copyright © 2020 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-959-3

# Indice

Marco Ruotolo e Silvia Talini, *Avvertenza* 1

I Parte

Silvia Talini, *I giorni dell'emergenza sanitaria. Ad un anno dalla diffusione del Covid-19* 5

Giuliano Serges, *L'emergenza nel diritto pubblico. Profili generali* 49

Patrizio Gonnella, *La pena vista e decostruita attraverso le lenti del diritto alla salute* 65

Mauro Palma, *Il carcere nello specchio di un'emergenza* 79

II Parte

Pietro Buffa, *Quando l'emergenza si concretizza in carcere. Il caso lombardo* 93

Riccardo De Vito, *La gestione dell'emergenza sanitaria. Il punto di vista del magistrato* 105

Aldo Morrone, *La gestione dell'emergenza sanitaria. Il punto di vista del medico* 119

*Notizie sugli Autori* 139

Marco Ruotolo e Silvia Talini

*Avvertenza*

A conclusione della VII edizione del Master in «Diritto penitenziario e Costituzione» abbiamo voluto proporre una riflessione multidisciplinare sul tema «La gestione dell'emergenza sanitaria nell'esecuzione penale», svolta in forma di Webinar il 4 settembre 2020.

La ricchezza dei contributi offerti dai relatori ci ha indotto a raccogliere gli Atti del Seminario per metterli a disposizione di un pubblico più ampio, non senza i necessari aggiornamenti richiesti agli Autori ove resi indispensabili dal succedersi di rilevanti interventi normativi e giurisprudenziali.

***

A fronte dei complessi fenomeni indagati, abbiamo scelto di dare al Volume, e ancor prima al Seminario da cui trae origine, una struttura semplice e, in un certo senso, progressiva.

Nella prima parte si ricostruisce il "contesto" entro il quale si inseriscono le successive, specifiche, riflessioni sulla concreta gestione dell'emergenza sanitaria nell'esecuzione penale, riguardata nelle prospettive del medico, del magistrato, del dirigente penitenziario.

L'avvio è una "cronistoria", aggiornata agli inizi di novembre 2020 e proposta in forma di indagine critica sulle molteplici scelte normative, applicazioni amministrative e decisioni giurisprudenziali che hanno interessato l'esecuzione penale nei "giorni dell'emergenza sanitaria". A tale contributo si accompagna l'intervento sui profili generali dell'emergenza nel diritto pubblico italiano, altro tassello fondamentale – sviluppato in forma sintetica per no-

stra espressa richiesta – al fine di offrire un adeguato sfondo alle successive riflessioni. La pena è finalmente vista e decostruita attraverso le lenti del diritto alla salute e il carcere è riguardato nello specchio di un'emergenza, come recitano i titoli dei due contributi che chiudono la prima parte del volume. È il prodromo alle analitiche riflessioni degli "specialisti", contenuti nella seconda parte.

****

Il filo che sembra unire tutti i contributi è l'amara considerazione per cui qualsiasi diritto – persino quello "fondamentale" della salute – sia sempre destinato ad essere "affievolito", se non inammissibilmente "sacrificato", nel bilanciamento con il "diritto di punire". È quanto emerge spesso nella discussione pubblica, con riflessi significativi nelle decisioni politiche: «la salute dei cittadini senza macchie sul certificato penale sembrerebbe contare di più di quella dei puniti», come scrive Riccardo De Vito, sviluppando gli insegnamenti di Massimo Pavarini.

Questa amara considerazione non si traduce, però, in rassegnazione. Siamo consapevoli di "ciò che è", ma non ci pieghiamo al "che così sia". Non rinunciamo, insomma, a contribuire all'inversione del "senso comune", nella consapevolezza che ciò che oggi è tale potrebbe non esserlo più domani. Sempre che, già oggi, non possano dirsi coesistenti e confliggenti, anche rispetto al nostro tema, una pluralità di "sensi comuni". A noi spetta profondere ogni sforzo affinché, da subito o al più presto, possa emergere il "senso comune" che meglio si conformi alle prescrizioni costituzionali, le quali rifiutano, senza dubbio, la logica per cui la posizione detentiva possa giustificare un trattamento deteriore quanto al godimento del diritto alla salute. È questa l'ambizione più alta del nostro libro ed è questo lo spirito che, oltre il campo del diritto alla salute, anima l'intera Collana "Diritto penitenziario e Costituzione".

# I Parte

Silvia Talini

# *I giorni dell'emergenza sanitaria. Ad un anno dalla diffusione del Covid-19*

Sommario: 1. Volgere lo sguardo al passato in vista del futuro. Premessa – 2. Il tentativo di arginare la diffusione epidemiologica da Covid-19: scelte normative, applicazioni amministrative e decisioni giurisprudenziali nel quadro dell'emergenza – 3. Nuova pandemia, pregresse patologie. Considerazioni d'insieme.

## 1. *Volgere lo sguardo al passato in vista del futuro. Premessa*

Restituendo il drammatico dato riguardante i suicidi in carcere alla data del 29 maggio 2020, il Garante Nazionale delle persone private della libertà ha precisato che in ben due degli ultimi tre casi si è trattato di persone che avevano appena fatto ingresso in istituto «e, conseguentemente, erano state collocate in isolamento sanitario precauzionale»[1]; tale dato, prosegue l'Autorità, «spinge a riflettere su come possa essere vissuto tale periodo in persone in cui alla frequente precarietà di vita all'esterno dell'Istituzione detentiva si sono improvvisamente aggiunte l'intrinseca vulnerabilità connessa alla privazione della libertà e quella dovuta a una collocazione isolata sin dal primo traumatico momento».

L'isolamento precauzionale dei nuovi giunti è solo una delle tante misure adottate nella «panoplia di provvedimenti»[2] che negli

[1] Bollettino n. 34 del 29 maggio 2020, pubblicato in *garantenazionaleprivatiliberta.it*. Nella medesima sede l'Autorità di garanzia ha riferito che dall'inizio del 2020 sono stati registrati 21 casi di suicidi negli istituti penitenziari (alla stessa data erano 16 nel 2019 e 18 nel 2018).

[2] La calzante espressione è utilizzata da A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 7 aprile 2020, 2.

ultimi mesi hanno tentato di contrastare la diffusione epidemiologica da Covid-19[3].

Scopo del presente contributo è ripercorrere i giorni dell'emergenza attraverso l'esposizione dei fatti (e dei numeri) che negli ultimi undici mesi hanno condotto all'adozione di controversi provvedimenti e decisioni giurisprudenziali volutamente raccolti in un unico "osmotico" paragrafo. Fine precipuo è, in altri termini, offrire una ricostruzione che sia in grado di restituire – in maniera serviente rispetto ai contributi ospitati nel presente Volume – la profonda complessità di questi mesi in cui un profluvio impressionante di atti, interpretazioni e decisioni dall'eterogenea conformazione, hanno disegnato un quadro di controverse "mutazioni costituzionali"[4].

[3] Il riferimento è al nuovo ceppo di Coronavirus, il 2019-nCov, successivamente denominato Sars-Cov-2.

[4] Nel corso dell'emergenza sanitaria il tentativo di trovare un complesso (e mai stabile) punto di equilibrio tra la tutela della salute collettiva e la garanzia delle libertà personali – fortemente limitate dai provvedimenti adottati negli ultimi mesi – ha acceso un intenso dibattito in dottrina, sia in ordine alla legittimità delle restrizioni ai diritti costituzionalmente tutelati, sia agli effetti sul sistema delle fonti, sia ancora, in ordine al rapporto tra gli attori istituzionali.

*Ex plurimis* e senza pretesa di esaustività: G. Azzariti, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2020; V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 590 ss.; A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19*, in *forumcostituzionale.it*, 10 marzo 2020, 420 ss.; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020; L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, n. 6/2020; M. De Nes, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biolaw Journal*, 16 marzo 2020; F. Filice-G.M. Locati, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *questionegiustizia.it*, 27 marzo 2020; G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *sistemapenale.it*, 2 aprile 2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020; I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi.* Fiat iustitia et pereat mundus *oppure* Fiat iustitia ne pereat mundus*?*, in *questionegiustizia.it*, 18 marzo 2020; F. M. Storelli, *La graduale limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella stagione del coronavirus*, in *iusinitinere.it*, 28 marzo 2020; C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 78 ss.

Si vedano altresì gli spazi di discussione creati da diverse riviste per l'emergenza sanitaria: *Focus "Osservatorio emergenza Covid-19"*, in *federalismi.it*; *Forum "Emergenza CoVid-19"*, in *Osservatorio AIC*; la Sezione *"Emergenza sanitaria e diritti fondamentali"*, in *dirittifondamentali.it*.

Si rinvia alle opere citate nel presente contributo in riferimento alla dottrina che negli ultimi mesi si è confrontata con il tema dell'emergenza sanitaria in ambito penitenziario.

Si affianca, a tale fine, la consapevolezza che la pandemia da Covid-19, come la comunità scientifica ha più volte ribadito, non possa ritenersi un "cigno nero": la storia del genere umano, anche la più recente, ha infatti conosciuto la diffusione di diverse infezioni virali; basti pensare alla cosiddetta influenza spagnola della prima metà del XX secolo, al virus da HIV/AIDS negli anni '80 e, ancor più recentemente, al virus ebola nel 2016[5].

Ripercorrere fatti, atti e decisioni adottate negli ultimi mesi rappresenta, dunque, anche un'assunzione di consapevolezza circa la necessità di un serio confronto scientifico riguardante gli strumenti utili a far fronte a cicliche situazioni di emergenza sanitaria, volgendo lo sguardo verso il futuro. Tale ultima osservazione appare tanto più rilevante nel settore dell'esecuzione penale in cui, come si tenterà di porre in luce nelle riflessioni proposte all'interno del presente contributo, l'emergenza da Covid-19 ha nuovamente mostrato le numerose "patologie pregresse" che da anni pongono il sistema italiano in una posizione di difficile coerenza con il dettato costituzionale e sovranazionale a tutela della persona privata della libertà.

## 2. *Il tentativo di arginare la diffusione epidemiologica da Covid-19: scelte normative, applicazioni amministrative e decisioni giurisprudenziali nel quadro dell'emergenza*

È noto come, a seguito della segnalazione da parte delle autorità cinesi (il 31 dicembre 2019) di un considerevole aumento di pazienti con una polmonite ad eziologia ignota nella città di Wuhan – in seguito identificati come casi di infezione da Covid-19 –, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), abbia dichiarato un'emergenza di pubblica sanità di interesse internazionale. Alla luce di tale dichiarazione il governo italiano ha adottato, a

[5] Gli stessi Coronavirus sono stati, in tempi recenti, anche responsabili delle gravi epidemie di SASRS nel novembre 2002 e di MERS nel 2012.

partire dal 22 gennaio, alcuni primi provvedimenti cautelativi volti al contenimento del contagio sul territorio nazionale[6].

Il 30 gennaio 2020 il Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, ha dichiarato in conferenza stampa la sospensione di tutti i voli in arrivo e diretti verso la Cina confermando, contestualmente, i primi casi di contagio in Italia da Covid-19 riscontrati in due turisti cinesi ricoverati in regime di isolamento presso la struttura romana dell'INMI Lazzaro Spallanzani. Il giorno seguente il Consiglio dei Ministri ha deliberato lo stato di emergenza[7] – per la durata di sei mesi, successivamente più volte prorogato[8] – nonché adottato ulteriori misure volte alla riduzione del contagio sul territorio nazionale[9].

Tuttavia, come noto, nonostante le cautele adottate, alla fine del mese di febbraio la presenza di diversi focolai localizzati in prevalenza nelle regioni di Lombardia e Veneto, ha condotto alla progressiva individuazione delle cosiddette "zone rosse" con misure interne di confinamento nonché limitazioni in ingresso e in uscita dai territori al fine di contenere la diffusione epidemiologica[10].

È in questa delicata fase che si collocano le prime circolari adottate delle autorità penitenziarie. I primi provvedimenti hanno

[6] Si tratta delle prime misure precauzionali adottate dal Governo attraverso un'implementazione dei controlli aeroportuali effettuati sui cittadini provenienti dalla zona del primo focolaio epidemico tra cui: la misurazione della temperatura corporea, l'identificazione e l'isolamento dei probabili casi di contagio da Covid-19 e le procedure per il rintraccio e la quarantena dei loro contatti stretti.

[7] Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2 gennaio 2018 ("Codice della Protezione civile").

[8] Delibere del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 e del 7 ottobre 2020. L'ultimo provvedimento ha prorogato fino al 31 gennaio 2021 lo stato di emergenza in conseguenza del permanente rischio sanitario.

[9] Tra le quali: l'obbligatorietà dei controlli sanitari anche nei porti e l'impiego dei *termoscanner* negli aeroporti al fine di monitorare le condizioni di salute dei passeggeri provenienti dalla Cina attraverso scali intermedi.

Si veda anche il provvedimento del 1 febbraio che affida al Capo del Dipartimento della Protezione Civile il coordinamento degli interventi necessari a fronteggiare l'emergenza da Covid-19.

[10] V. decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 ("Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19", convertito con modifiche dalla l. 5 marzo 2020, n. 13) e il D.p.c.m. dello stesso giorno di attuazione delle disposizioni del predetto decreto-legge per i Comuni delle Regioni Lombardia e Veneto interessati dalle misure di contenimento del contagio.

introdotto diverse restrizioni in riferimento all'accesso per operatori e "terze persone" negli istituti localizzati nei comuni delle "zone rosse" prevedendo, allo stesso tempo, la sospensione dei trasferimenti dei detenuti da e verso le strutture detentive rientranti nella competenza di alcuni provveditorati regionali[11]. Ancora tra la fine di febbraio e l'inizio di marzo si collocano i tre D.p.c.m. del 25 febbraio, 1 e 4 marzo che, in attuazione del decreto-legge n. 6 del 2020, contengono alcune prescrizioni in materia di prevenzione sanitaria presso gli istituti penitenziari, con particolare riferimento alle cautele nei confronti dei primi ingressi[12].

Tuttavia è con le decisioni adottate tra l'8 e il 9 marzo che i provvedimenti hanno assunto quel contenuto a forte "tensione costituzionale" che avrebbe caratterizzato anche le scelte compiute nei mesi successivi.

È noto come a seguito della (sfortunatamente) non dimenticabile "fuga di massa" verso le regioni del sud e centro Italia – come conseguenza del D.p.c.m. che aveva individuato un'unica zona rossa comprendente il territorio della Regione Lombardia e di altre quattordici Province[13] –, il Presidente del Consiglio abbia approvato, il 9 marzo, un nuovo provvedimento contenente l'estensione della pre-

[11] Il riferimento è alle circolari adottate tra il 22 e il 26 febbraio 2020 e, in particolare, alla circolare del 22 febbraio.

Più nel dettaglio a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, determinato dalla citata Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (di seguito DAP) è intervento attraverso circolari e note del 22 febbraio ("Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus"), del 25 febbraio ("Ulteriori indicazioni per la prevenzione del contagio del coronavirus") e del 26 febbraio ("Indicazioni specifiche per la prevenzione del contagio da corona virus – regioni Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Emilia Romagna, Marche, Toscana e Sicilia").

Si affiancano a tali circolari quelle adottate dal Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità (DGMC) del 22 e 25 febbraio 2020.

[12] Tutti i richiamati D.p.c.m. sono rubricati "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19".

In particolare all'interno del D.p.c.m. del 25 febbraio si rinvengono eterogenee misure volte alla riduzione del contagio in materia di svolgimento delle manifestazioni sportive, di organizzazione delle attività scolastiche e della formazione superiore, di organizzazione delle attività culturali e per il turismo.

[13] Cinque dell'Emilia-Romagna, cinque del Piemonte, tre del Veneto e una delle Marche (D.p.c.m. 8 marzo 2020).

detta zona a tutto il territorio nazionale, con il conseguente divieto di circolazione senza giustificato motivo, di proibizione di ogni forma di assembramento in luoghi pubblici (o aperti al pubblico) e di chiusura delle attività commerciali non essenziali[14]. Nel novero degli atti adottati nelle giornate dell'8 e 9 marzo si collocano altresì rilevanti indicazioni in materia penitenziaria: la lettera u) dell'art. 2 del D.p.c.m. n. 11 dell'8 marzo dispone che i casi sintomatici dei nuovi ingressi siano posti in condizione di isolamento dagli altri detenuti raccomandando, contemporaneamente, una valutazione in ordine alla possibilità di concedere la detenzione domiciliare.

In riferimento ai contatti con l'esterno, lo stesso provvedimento dispone che i colloqui visivi si svolgano «in modalità telefonica o video, anche in deroga alla durata attualmente prevista dalle disposizioni vigenti. In casi eccezionali può essere autorizzato il colloquio personale, a condizione che si garantisca in modo assoluto una distanza pari a due metri». Si raccomanda, ancora, «di limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare».

In analoga direzione si muove il decreto-legge n. 11 dello stesso giorno il quale, nell'ambito delle misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica e al fine di contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, prevede che negli istituti penitenziari, anche per minorenni, i colloqui con i congiunti o con altre persone siano «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 previsi dalla normativa (art. 2, comma 8)[15]. Il medesimo de-

[14] Quest'ultima prescrizione è contenuta nel successivo D.p.c.m. firmato l'11 marzo 2020.

Tra i provvedimenti adottati all'inizio del mese si segnala anche il decreto-legge n. 9 del 2 marzo 2020 ("Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19") non riguardante la condizione detentiva. A tale atto, tuttavia, si riferisce la circolare DAP del 10 marzo 2020 riguardante la prevenzione del contagio tra il personale penitenziario.

[15] Il riferimento è ai limiti previsti dall'articolo 39, comma 2 del Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (d.P.R. n. 230 del 2000) e dall'articolo 19, comma 1, del d.lgs. n. 121 del 2018 contenente la disciplina in materia di condannati minorenni.

creto dispone altresì che, salvo casi particolari, «la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto» (art. 2, comma 7)[16] [17].

A seguito di tali provvedimenti, le autorità penitenziarie hanno adottato una serie di circolari contenenti alcune indicazioni riguardanti: la possibilità di svolgere gli incontri a distanza e di utilizzare la posta elettronica anche per motivi di studio[18], prescrizioni in merito ai colloqui visivi e telefonici[19] nonché ulteriori regole operative al fine di prevenire il contagio negli istituti[20].

I predetti atti, innegabilmente incidenti sulla sfera giuridica delle persone ristrette – unitamente all'impossibilità di rispettare le regole sanitarie riguardanti il distanziamento fisico a causa del mai risolto problema del sovraffollamento carcerario[21] – hanno

[16] In seguito all'adozione di tali provvedimenti, il 10 marzo 2020 si è svolta la prima riunione della *task force* per l'emergenza carceri: al tavolo, oltre al Ministro della Giustizia e ai sottosegretari, i capi dei due Dipartimenti dell'Amministrazione penitenziaria e della Giustizia minorile e di Comunità nonché il Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale. Quest'ultimo, il giorno seguente, ha diffuso il primo Bollettino sull'emergenza Covid-19 (tutti i bollettini sono pubblicati sul sito *garantenazionaleprivatiliberta.it*. Un'ampia ed esaustiva riflessione in ordine all'attività svolta da tale Autorità durante l'emergenza sanitaria è contenuta in C. Storace, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 4/2020, 7 luglio 2020).

L'11 marzo, inoltre, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha ufficialmente dichiarato la diffusione del Covid-19 una "pandemia" (in *who.int*).

[17] Si segnala, nei medesimi giorni, l'approvazione del decreto-legge n. 14 del 9 marzo 2020 ("Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza Covid-19") non contenente indicazioni riguardanti la materia penitenziaria.

[18] Circolare DAP del 12 marzo 2020 (n. 84702.U).

[19] Circolare DAP del 12 marzo 2020 (n. 80474.2/AG).

[20] Circolare DAP del 13 marzo 2020 (n. 87186.U).

Una riflessione critica concernente le limitazioni poste ai colloqui e alla sospensione delle attività trattamentali, anche in riferimento al contenuto di alcune circolari adottate dal DAP, è contenuta in A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, op. cit. L'Autrice afferma che «di fatto, l'emergenza ha consentito la totale soppressione – sia pure momentanea – delle attività trattamentali, che integrano la finalità rieducativa della pena, mettendo in tensione il principio di non regressione del trattamento» (60).

[21] Secondo i dati contenuti nell'ultima Relazione presentata al Parlamento dall'Autorità Garante delle persone private della libertà personale (26 giugno 2020), la popolazione detenuta agli inizi del mese di marzo superava le 61.000 unità a fronte di una

generato violente proteste in diversi istituti italiani conducendo a numerosi trasferimenti e decessi tra la popolazione detenuta[22] su cui sono state avviate indagini da parte dell'autorità giudiziaria in varie Regioni[23].

capienza effettiva di poco più di 47.000 posti. Nella medesima relazione si legge: «il "distanziamento sociale" tanto invocato da tutti gli esperti per limitare il contagio ovunque – e, quindi, anche in carcere – è apparso a chi ne sentiva annunciare la necessità, seduto all'interno di una stretta e affollata camera detentiva, un messaggio tristemente ironico».

Sull'elevato rischio di diffusione dell'epidemia da Covid-19 in tutti i luoghi di restrizione della libertà personale, v. il parere *pro veritate* della Dr.ssa Jaimie Meyer, Assistant Professor of Medicine at Yale School of Medicine and Assistant Clinical Professor of Nursing at Yale School of Nursing in New Haven, Connecticut (reperibile in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, sezione Attività - Notizie).

Nella medesima sede v. le dichiarazioni del 25 marzo di Michelle Bachelet, United Nations High Commissioner for Human Right, nonché all'Interim Guidance Covid-19: Focus on Persons Deprived of Their Liberty (IASC, 27 Mar 2020).

Anche l'Organizzazione mondiale della sanità ha affermato che le persone detenute, a causa delle condizioni di ristrettezza e confinamento prolungati, sono maggiormente esposte all'infezione rispetto alla popolazione libera (*The World Health Organization (WHO)*, *Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention Interim guidance*, documento del 15 March 2020, in *who.int*, 1).

Sul grave problema della diffusione del virus nelle carceri si è pronunciato anche Papa Francesco, al termine dell'Angelus del 29 marzo il Pontefice ha affermato: «Ho letto un appunto ufficiale della Commissione per i diritti umani che parla del problema delle carceri sovraffollate che potrebbero diventare una tragedia. Chiedo alle autorità di essere sensibili a questo grave problema e di prendere le misure necessarie per evitare tragedie future».

V., sul tema, anche quanto sostenuto da A. Sofri, *Il* virus *come scintilla per la Caporetto del sistema penitenziario*, in *Il Foglio*, 10 marzo 2020 e, lo stesso giorno, L. Manconi, *I centimetri del carcere*, in *La Repubblica*, secondo il quale «le norme di sicurezza per arginare il coronavirus vengono annullate dagli spazi ristretti delle carceri, che somigliano a lazzaretti».

[22] Come riportato nella nota del 12 marzo del Garante nazionale delle persone private della libertà personale, a seguito delle prime rivolte sono state oltre 1.500 le persone trasferite e 13 i decessi. Le proteste hanno interessato quarantanove istituti penitenziari dislocati in quattordici regioni.

Una ricostruzione delle giornate di rivolta è contenuta in E. Martini, *Rivolta nelle carceri: la miccia nei divieti, ma il* virus *cova da tempo*, in *Il Manifesto*, 10 marzo 2020. Sul rapporto tra le forti proteste e la necessità di continuare a garantire i diritti negli istituti penitenziari, v. P. Gonnella, *Dopo le violenze, no a un ritorno al passato*, in *Il Manifesto*, 10 marzo 2020.

[23] Alcune procure hanno avviato specifici procedimenti al fine di accertare quanto accaduto negli istituti di Modena, Bologna, Rieti, Parma, Alessandria e Verona.

Il 9 marzo il Garante Nazionale delle persone private della libertà ha trasmesso la propria presentazione come persona offesa alle Procure che indagano sui decessi seguiti alle rivolte.

Il 16 marzo, in risposta ai gravi danni economici conseguenti alle citate decisioni adottate dal Governo nel tentativo di arginare la diffusione epidemiologica, il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto-legge n. 18 (noto come "Cura Italia")[24]. Il provvedimento, oltre a contenere misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale, ribadisce all'art. 83 che i colloqui negli istituti penitenziari si tengono a distanza e devono svolgersi «ove possibile, [con] apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti».

Ma, soprattutto, il decreto contiene disposizioni volte a favorire una riduzione numerica delle presenze negli istituti mediante una più agile applicazione della detenzione domiciliare negli ultimi diciotto mesi di pena e un'estensione delle licenze per i detenuti in regime di semilibertà (artt. 123-124)[25].

Quest'ultima misura – la licenza premio (art. 52 o.p.) – ha incontrato un pressoché generale consenso da parte della dottrina consentendo di non compromettere i percorsi risocializzanti intrapresi dalle persone ammesse alla semilibertà[26].

[24] Contenente "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19" (successivamente convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27).

[25] Merita di essere qui richiamata l'iniziativa straordinaria promossa dal Ministro tedesco Biesenbach in Nordreno-Vestafalia con cui è stata proposta l'interruzione dell'espiazione della pena residua per i detenuti con condanne fino a diciotto mesi da scontare entro la fine luglio. Restano esclusi da tale sospensione i condannati per reati sessuali, per violenze gravi o in attesa di espulsione; l'applicazione del rinvio o della sospensione della pena è invece "consigliata" anche per i detenuti non in grado di pagare sanzioni pecuniarie.

Come sostenuto da M. Ruotolo «non si tratta di un provvedimento clemenziale, né di uno sconto-Corona («*Es gibt keinen Corona- Rabatt*»), come afferma il Ministro Biesenbach, ma di una misura prudenziale per fronteggiare il rischio della diffusione del Covid-19 negli istituti penitenziari» (M. Ruotolo, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, sezione Attività - Notizie).

[26] V. F. Gianfilippi, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020, n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di Covid-19 nel contesto penitenziario*, in *giustiziainsieme.it*, 18 marzo 2020.

In ordine alle licenze come strumento assai utile per contrastare la diffusione del Covid-19 all'interno degli istituti penitenziari, v. anche l'art. 28 del recente decreto-legge n. 137 del 28 ottobre 2020 su cui si tornerà in seguito.

Sia invece consentita una più ampia riflessione sulla prima misura.

Nonostante il governo agisca, con dichiarate finalità deflattive, in maniera estensiva sulla concessione delle misure *extra moenia*, il provvedimento appare, al medesimo tempo, espressione di quella cultura politica "anti-costituzionale" volta ad aggravare la pena per talune categorie di condannati attraverso la positivizzazione di presunzioni assolute di pericolosità che precludono al giudice ogni bilanciamento in concreto. Il primo comma dell'art. 123, infatti, esclude espressamente la concessione della detenzione domiciliare in riferimento a diverse categorie di detenuti: i condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p.[27], i cosiddetti delinquenti abituali, professionali o per tendenza, i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare, coloro che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all'art. 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 reg. esec.[28], o nei cui confronti sia stato redatto un rapporto disciplinare in quanto coinvolti nelle citate rivolte di inizio marzo.

Si è avuto più volte modo di affermare, sulla scia di un'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale e sovranazionale[29], come

[27] Si tratta, come ben noto, della disposizione che in riferimento ad eterogenee fattispecie di reato pone, con diverse intensità tra le varie "fasce", un divieto di assegnazione al lavoro all'esterno, di concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, ai detenuti che non abbiano collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p.

La disposizione è espressione della legislazione speciale che, a partire dall'inizio degli anni '90, è stata approvata al fine di rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata sul territorio nazionale.

In materia la dottrina è ampissima, si veda di recente anche in riferimento alle opere citate, L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4*-bis *e 41*-bis *dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, in questa Collana, Napoli, 2019, 437-511.

[28] Si tratta delle ipotesi di partecipazione o promozione a disordini o a sommosse (nn. 18 e 19); evasione (n. 20); fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, di operatori penitenziari o di visitatori (n. 21).

[29] V. i più recenti interventi giurisprudenziali contenenti puntuali richiami alle precedenti decisioni in materia: Corte cost., sent. n. 80 del 2020 e nn. 253 e 263 del 2019 nonché Corte Edu, sent. *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16.

Una recente e ampia riflessione in ordine agli automatismi legislativi – anche in ambito penitenziario – nel sistema costituzionale è contenuta in L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle legge fra norma «astratta» e caso «concreto»*, Napoli, 2020.

tali preclusioni assolute si pongano in contrasto con la tutela della dignità della persona detenuta, con la garanzia dei suoi diritti fondamentali e con la necessità di garantire il principio di flessibilità dell'esecuzione penale in vista del reinserimento sociale di ciascun condannato (art. 27, terzo comma, Cost.)[30].

Vi è di più. In riferimento alla scelta adottata nel citato decreto-legge la riflessione assume contorni ancor più critici. In primo luogo, ciò che in tale ipotesi viene precluso al condannato non è una rimodulazione della fisionomia della pena volta a garantire la flessibilità del suo percorso rieducativo, quanto piuttosto, la possibilità di un bilanciamento in concreto tra diritto alla sicurezza e diritto alla salute. Quest'ultimo, dunque, è destinato a soccombere ogni qual volta la misura venga richiesta da un condannato appartenente alle citate categorie enunciate nel decreto.

Tale preclusione assoluta, a parere di chi scrive, si pone in aperto contrasto con la posizione di preminenza attribuita dal dettato costituzionale alla tutela della salute nella sua duplice fisionomia di «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»[31]. L'utilizzo del termine "fondamentale", in effetti, appare riferibile non solo al primo volto della salute – diritto individuale – quanto anche al secondo: la sua garanzia è un «fondamentale (…) interesse della collettività»; interesse che i pubblici poteri non possono realizzare se non mediante la possibilità di proteggere – almeno in

[30] In ordine alla necessità che la pena sia sempre modulabile in relazione al comportamento tenuto dal condannato, i giudici costituzionali hanno di recente osservato: «la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società» (Corte cost., sent. n. 149 dell'11 luglio 2018).

[31] Art. 32, primo comma, Cost.: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (…)».

astratto – ogni diritto alla salute individualmente considerato. Ciò, naturalmente, non implica che tale tutela debba dirsi sempre "preferita" nel bilanciamento costituzionale, comportando esclusivamente l'impossibilità di un totale sacrificio del diritto in astratto mediante la previsione di meccanismi preclusivi in senso assoluto.

Seguendo tale impostazione, dunque, la tutela costituzionale del diritto alla salute risulta inevitabilmente compromessa dall'impossibilità per il giudice di attribuire preminenza, qualora gli elementi concreti lo consentano, alla sua garanzia attraverso la concessione della detenzione domiciliare. Tale riflessione, inoltre – soprattutto in tempi di pandemia (e di sovraffollamento) – non può che chiamare in gioco un altro diritto, quello alla vita che deve essere garantito ad ogni individuo a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alle azioni compiute.

Si tratta di considerazioni tanto più rilevanti se poste in relazione all'elenco contenuto nel primo comma dell'art. 123 del decreto: la preclusione non è rivolta solo ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. – normativamente associati alla "pericolosità sociale" – quanto, anche, nei confronti di tutti coloro che siano solamente privi di un domicilio effettivo e idoneo (lett. f), o che nell'ultimo anno siano stati destinatari di sanzioni disciplinari o di rapporti del medesimo tipo in quanto coinvolti nelle rivolte di marzo (lett. d ed e).

La natura "punitiva" della disposizione appare nei confronti di tali categorie ancora più marcata. Peraltro si concorda con chi in dottrina ha sostenuto che, nelle ipotesi di cui alle lettera f) dell'art. 123, si configura persino una preclusione posta unicamente sulla base delle condizioni economiche e sociali della persona: la misura risulta infatti accessibile solo a coloro che abbiano la disponibilità di un "alloggio idoneo". La possibilità di uscita dal carcere è, dunque, diversificata esclusivamente in ragione delle condizioni economiche e sociali del ristretto[32].

[32] A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, op. cit., 64.

Ulteriore critica all'intervento è stata mossa in riferimento alla previsione contenuta nel primo comma dell'art. 123 il quale consente l'applicazione della "detenzione domiciliare in deroga" fino al 30 giugno 2020. Il Consiglio Superiore della Magistratura ha definito "infelice" tale formulazione potendo tale data essere erroneamente intesa quale termine di durata del beneficio concesso (v. Parere sul Disegno di Legge n. 1766 Atto Senato di conversione in legge del Decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 70 del 17 marzo 2020).

Tornando alla sequenza dei provvedimenti approvati nel tentativo di arrestare la diffusione del virus Covid-19, sono state adottate nel mese di marzo diverse circolari da parte delle autorità penitenziarie. Con specifico riferimento agli ingressi e alle visite dall'esterno, se nei primi atti l'amministrazione aveva richiesto un'autocertificazione, senza distinzione tra familiari, volontari e associazioni (con l'esclusione del personale penitenziario e delle aziende sanitarie), successivamente le circolari sono intervenute in termini assai più restrittivi, andando progressivamente a limitare – e in seguito a precludere – gli ingressi e le uscite dagli istituti attraverso la sospensione dei colloqui in presenza, delle attività dei volontari e delle associazioni, della semilibertà e del lavoro esterno[33].

Il problema è venuto meno in sede di conversione tramite l'introduzione nell'art. 123 della previsione di cui al comma 8-*bis*.

Ancora oggetto di particolari critiche in dottrina era stata la difficoltà di reperire i dispositivi di controllo mediante mezzi elettronici (c.d. braccialetti elettronici), cui è subordinata la concessione della detenzione domiciliare quando la pena residua sia superiore ai sei mesi.

Su tali punti e in ordine a ulteriori profili critici del decreto "Cura Italia" in ambito penitenziario, v. E. Dolcini-G. L. Gatta, *Carcere, coronavirus, decreto Cura Italia: a mali estremi, timidi rimedi*, in *sistemapenale.it*, 20 marzo 2020. In generale sul decreto, cfr. anche F. Gianfilippi, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020*, op. cit.; G. Giostra, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *avvenire.it*, 21 marzo 2020; C. Minnella, *Coronavirus ed emergenza carceri*, in *Diritto penale e uomo*, n. 4/2020, 14, 13 ss.; D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *archiviopenale.it*, n. 1/2020, 14 ss.; P. Pomanti, *La pena nell'emergenza o la pena dell'indifferenza?*, in *archiviopenale.it*, n. 1/2020, il quale ha sostenuto che «anche ad affrontare il tema, dall'ottica del bilanciamento dei valori (protezione dell'ordine pubblico e tutela della salute del detenuto), la soluzione non sembra variare: l'interesse ad evitare la diffusione del virus tra un numero indefinito di persone, detenute e non detenute, si mostra di certo superiore rispetto alla tutela della sicurezza della collettività qualora i detenuti dovessero rimanere in stretto regime domiciliare» (17-18).

[33] V., in particolare, le circolari DAP del 12, 13, 20 e 21 marzo 2020.

Ancora alla fine del mese si collocano: il decreto-legge n. 19 del 25 marzo ("Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19") il quale prevede che, allo scopo di contenere i rischi sanitari e il diffondersi del contagio, possano essere adottate – su specifiche parti del territorio nazionale o sulla totalità di esso, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al termine dello stato di emergenza – una o più tra le misure contenute nello decreto stesso; il D.p.c.m. 1 aprile 2020 che estende fino al 13 aprile 2020 le misure urgenti di contenimento del contagio da Covid-19 su tutto il territorio nazionale dei precedenti D.p.c.m. del 1, 8, 9 e 22 marzo 2020.

Si inserisce in questo periodo anche l'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 contenente diversi divieti e prescrizioni tra cui: l'impossibilità di accesso

Sul diverso versante della valorizzazione delle misure *extra moenia* come "strumenti preferenziali" al fine di contenere e contrastare i rischi sanitari e il diffondersi del contagio nelle strutture detentive, si collocano rilevanti esortazioni internazionali: nelle sue linee guida di contrasto al Covid-19 del 15 marzo 2020, l'OMS ha fortemente insistito sulla necessità di un maggiore ricorso alle misure extramurarie in ogni fase della giustizia penale (cautelare, processuale e di esecuzione)[34]. Allo stesso modo, il 20 marzo, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) ha adottato i "Principi guida sul trattamento delle persone private della libertà di fronte al Covid-19", raccomandando alle autorità nazionali di «concentrare i propri sforzi sul ricorso a misure alternative alla privazione della libertà personale»[35]. Pochi giorni dopo anche l'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni unite, nell'appello del 6 aprile, ha sollecitato gli Stati membri all'utilizzo «di ogni possibile alternativa alla detenzione senza discriminazione alcuna».

In tale contesto si colloca, all'interno dei confini nazionali, il rilevante documento firmato il 1 aprile dal Procuratore Generale della Corte di cassazione, Giovanni Salvi e redatto all'esito di un complesso confronto svolto con i procuratori generali presso le corti d'appello e di diverse interlocuzioni con la Procura Generale della Cassazione e con gli uffici di primo grado[36]. Si specifica,

del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici; la chiusura degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande anche all'interno delle stazioni ferroviarie e di rifornimento carburante; il divieto di ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale, comprese le seconde case.

Per un'esaustiva ricostruzione dei provvedimenti adottati nel primo periodo dell'emergenza sanitaria, cfr. R. De Vito, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, in *questionegiustizia.it*; A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, op. cit., 49-55; D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus*, op. cit.

[34] *The World Health Organization*, *Preparedness, prevention and control of Covid-19*, op. cit., 4.

[35] Documento pubblicato in *coe.int* su cui, v. G.L. Gatta, *Coronavirus e persone private della libertà: l'Europa ci guarda. Le raccomandazioni del CPT del Consiglio d'Europa*, in *sistemapenale.it*, 21 marzo 2020.

[36] Il documento è pubblicato sul sito *sistemapenale.it* anch'esso accompagnato da un breve commento di G.L. Gatta, *Il ruolo del pubblico ministero nella riduzione delle presenze in carcere durante l'emergenza coronavirus: un documento della Procura Generale della Cassazione*, 3 aprile 2020. La nota è stata successivamente integrata in data 27 aprile.

in premessa, come il documento non contenga linee guida, bensì riflessioni prodromiche all'assunzione di decisioni che devono essere operate quotidianamente dai pubblici ministeri in rapporto alle misure cautelari e all'esecuzione della pena detentiva. Prendendo le mosse da una lettura costituzionalmente orientata della normativa vigente – in cui si ricorda che «mai, come in questo periodo, occorre porre a mente che nel sistema processuale italiano il carcere costituisca un'*extrema ratio*» –, il documento prescrive di «incentivare la decisione di "misure alternative" idonee ad alleggerire la pressione delle presenze non necessarie in carcere» ciò, naturalmente, «limitatamente ai delitti che fuoriescono dal perimetro presuntivo di pericolosità (…)»[37].

Evidente, dunque, come in linea con le riflessioni pocanzi proposte, i "confini della pericolosità" debbano essere singolarmente valutati dall'autorità giudiziaria e non cristallizzati astrattamente – e in senso assoluto – all'interno della normativa emergenziale[38].

Lo scopo del documento sembra risiedere nella diffusione di un'idea di fondo radicata nel richiamato dettato costituzionale: la tutela della salute pubblica non può che realizzarsi, ove il bilanciamento con le esigenze di sicurezza lo consenta, attraverso la più ampia applicazione di misure extramurarie. Ad essere suggerito ai pubblici ministeri è, dunque, l'opportunità di valutare le opzioni alternative alla detenzione previste dalla normativa processuale e penitenziaria allo scopo di ridurre la popolazione reclusa. A tal fine, il documento esamina le principali vie di deflazione offerte dal sistema anche mediante l'utilizzo di un'interpretazione estensiva, o analogica, delle disposizioni del codice di procedura penale o

[37] V. il documento citato nella nota precedente, 2.

[38] Le riflessioni riguardano, in particolare: l'utilizzo degli arresti domiciliari in luogo alla custodia cautelare in carcere e all'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria nonché la revoca, o l'attenuazione, di misure già disposte (v. punti A1, A2 e A3 della relazione); in riferimento all'arresto e al fermo viene suggerita la custodia presso il domicilio o altra struttura nella disponibilità della polizia giudiziaria; l'ordine di carcerazione per l'esecuzione della pena affrontando la questione della riferibilità ai termini dell'art. 656 c.p.p. della sospensione disposta fino al 15 aprile 2020 dall'art. 83, comma 2 del citato d.l. n. 18/2020 e, ancora in riferimento a tale recente intervento, il più ampio ricorso alla nuova misura della detenzione domiciliare negli ultimi diciotto mesi di pena (art. 123).

della legge sull'ordinamento penitenziario, che trova sostegno nel diritto vivente.

Alla luce di tali riflessioni, si concorda con chi in dottrina ha individuato il pregio di tale atto nello «sforzo di cercare soluzioni nel diritto vigente, anche attraverso l'attività interpretativa e la proposta di adattare, allo scopo, soluzioni giurisprudenziali già sperimentate», a fronte di un'evidente insufficienza degli strumenti legislativi di nuovo conio[39-40].

In proposito, giova ricordare in questa sede alcune pronunce giurisprudenziali che, al di fuori dei confini nazionali, hanno tentato di ridurre il contagio da Covid-19 all'interno delle strutture detentive proprio attraverso la concessione di misure *extra moenia*.

Si pensi alla decisione assunta il 27 marzo 2020 della *United States District Court - Eastern District of Michigan - Southern Division*, che ha disposto il "rilascio temporaneo" (*temporary release*) di un detenuto recluso in custodia cautelare. L'argomentazione posta a sostegno della decisione si fonda sull'esigenza di contenere il rischio della diffusione del virus all'interno degli istituti penitenziari, attribuendo rilievo alle condizioni di salute del detenuto e alle difficoltà per quest'ultimo, in ragione delle limitazioni imposte alla disciplina dei colloqui con l'avvocato, di preparare un'adeguata difesa. Come si evince dalla lettura del provvedimento, la decisione si inserisce in un più ampio contesto giurisprudenziale, che tende a favorire l'applicazione di misure non carcerarie nei confronti delle persone detenute (non solo in custodia cautelare), in nome della dichiarata necessità di realizzare un'azione rapida e preventiva per ridurre il rischio di infezione, malattia e decesso dei detenuti e degli operatori penitenziari[41].

Nella medesima direzione si muove, lo stesso giorno, la pronuncia della *United States District Court Southern District of New*

[39] G.L. Gatta, *Il ruolo del pubblico ministero*, op. cit.

[40] Peraltro, come si dirà ampiamente in seguito, in tempi più recenti lo stesso Procuratore Generale della Corte di cassazione ha esortato nuovamente le procure a ridurre al minimo il ricorso alla carcerazione in ragione del nuovo aumento dei casi di contagio da Covid-19 nei mesi autunnali (v. nota del 29 ottobre 2020, in *procuracassazione.it*).

[41] M. Ruotolo a commento della decisione pubblicata nel sito *dirittopenitenziarioecostituzione.it* (sezione Attività - Notizie).

*York* in ordine alla richiesta di rilascio immediato di alcuni detenuti migranti reclusi nell'*Immigration and Customs Enforcement* (ICE).

Vale la pena richiamare brevemente la vicenda e il contenuto della decisione.

In considerazione del complesso quadro clinico (malattie cardiovascolari, diabete, patologie renali croniche etc.), che li collocavano in categorie ad alto rischio rispetto all'infezione da Covid-19, i richiedenti sostenevano di dover affrontare un pericolo "straordinariamente grave" a causa della pandemia. Il rischio di un aggravarsi delle loro condizioni di salute era dunque amplificato, secondo i ricorrenti, dalla particolare condizione di "comorbilità" che li rendeva più esposti alle gravi conseguenze derivanti dal Covid-19 (vengono richiamati, sul punto, i dati forniti dall'esperienza cinese circa la maggiore incidenza del virus sulle persone già affette da precedenti patologie, successivamente confermati dall'OMS). Il grave pericolo per la salute risultava altresì accentuato dalla circostanza che, in due dei tre istituti che ospitano i richiedenti, erano stati confermati casi di infezione da Covid-19 e le autorità non avevano intrapreso azioni adeguate per isolare i detenuti ad alto rischio attraverso l'adozione di regole di igiene speciali o di adeguati protocolli di sicurezza volti, ad esempio, a testare eventuali positività dei nuovi ingressi.

La Corte di New York, il 27 marzo, accoglie la richiesta concedendo l'immediato rilascio: i richiedenti soffrono «di condizioni mediche che li rendono particolarmente vulnerabili, essendo esposti a una malattia grave o a decesso qualora fossero infettati da Covid-19». I giudici statunitensi pongono altresì in rilievo come la vulnerabilità sia accentuata dalla condizione detentiva: i contesti carcerari e la convivenza forzata con più persone rappresentano un pericolo «significativamente più alto di diffusione di malattie infettive, come il Covid-19, anche in ragione delle difficoltà di un adeguato distanziamento tra i detenuti e tra questi e gli operatori». Infine, a sostegno della misura, la Corte ricorda che i richiedenti non risultano socialmente pericolosi e non sussiste un concreto rischio di fuga; per questo motivo l'interesse pubblico è rappresentato dalla necessità di apprestare tutela alle

condizioni di salute attraverso la concessione dell'immediato rilascio temporaneo[42].

Decisioni rilevanti – e assai discusse – sono state assunte anche in Italia.

Basti pensare al clamore suscitato da alcuni provvedimenti adottati nei mesi di marzo e aprile dalla magistratura di sorveglianza che, attribuendo preminenza alla tutela dai pericoli connessi all'emergenza sanitaria, hanno concesso la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, o.p. (cosiddetta detenzione umanitaria)[43], ad alcuni detenuti infrasettantenni affetti da gravi patologie e reclusi in Alta sicurezza o in regime detentivo speciale (art. 41-*bis* o.p.).

Così, ad esempio, il Magistrato di sorveglianza di Milano nell'ordinanza del 20 aprile, ha disposto la detenzione domiciliare nei confronti di un condannato per reati di partecipazione ad associazione mafiosa ed estorsione, ritenendo integrati «in considerazione dell'età avanzata e della presenza di importanti problematiche di salute (...), i presupposti per il differimento facoltativo della pena ai sensi dell'art. 147, co. 1 n. 2, c.p., anche tenuto conto dell'attuale emergenza sanitaria e del correlato rischio di contagio (…)»[44].

In altri casi, invece, l'autorità giudiziaria ha posto a fondamento della propria decisione l'urgenza di sottoporre il ristretto a visite specialistiche o terapie non più eseguibili nell'ospedale ubicato nel

[42] Provvedimento pubblicato nel sito *dirittopenitenziarioecostituzione.it* (sezione Attività - Notizie) e accompagnato da una breve presentazione della scrivente qui in larga parte riprodotta.

Al fine di conoscere le *policies* adottate negli istituti penitenziari di diversi paesi per fronteggiare la diffusione della pandemia da Covid-19, si rinvia al *database* in costante aggiornamento pubblicato sul sito della University of California, Los Angeles (UCLA), in *ucla.edu*.

[43] Tale misura, unitamente ai permessi di necessità (art. 30 o.p.), in ragione della sua finalità "umanitaria" può essere concessa anche ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. Come noto, al di là di tali istituti, l'applicazione del predetto regime determina l'esclusione dall'accesso a qualsiasi altra misura o beneficio che consenta l'uscita dalle mura del carcere.

[44] Mag. Sorveglianza Milano, ord. n. 9025 del 20 aprile 2020.

luogo di detenzione a seguito di una riorganizzazione delle attività per contrastare l'emergenza epidemiologica[45].

Come rilevato dalla Procura Nazionale Antimafia tali decisioni muovono dalla circolare DAP n. 95907 del 21 marzo 2020 in materia di "Segnalazione all'autorità giudiziaria". La circolare, quattro giorni dopo l'approvazione del decreto "Cura Italia", invitava gli istituti a comunicare «con solerzia alla Autorità giudiziaria, per le eventuali determinazioni di competenza», il nominativo dei detenuti con età superiore ai settanta anni e affetti da alcune gravi patologie elencate nell'atto stesso. Sulla base di tale provvedimento – che dunque non conteneva alcuna distinzione tra detenuti comuni, in alta sorveglianza e in regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. – l'autorità giudiziaria, ricevute le segnalazioni da parte degli istituti, ha adottato le citate decisioni di concessione della detenzione domiciliare nei confronti di alcuni detenuti anziani e gravemente malati ristretti in regime speciale o in Alta sicurezza[46].

[45] Cfr., su tutte, l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari del 23 aprile 2020.

Come di recente posto in luce, la necessità di intervenire nella Regione Sardegna con un'implementazione dell'assistenza sanitaria ospedalizzata nei confronti dei detenuti reclusi in alta sicurezza e in regime detentivo speciale, era stata rilevata, ben prima dell'emergenza Covid-19, dal Garante nazionale delle persone private della libertà nel Rapporto inviato all'Amministrazione penitenziaria a seguito della visita effettuata in Sardegna dal 3 al 10 novembre 2017 (C. Storace, *Il Garante nazionale dei diritti*, op. cit., 34 e, in particolare, nota n. 80).

Una ricostruzione dei fatti che hanno condotto all'adozione delle citate ordinanze di Milano e Sassari è contenuta in A. Della Bella, *Emergenza Covid e 41* bis*: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *sistemapenale.it*, 1° maggio 2020.

Si rinvia ad un ulteriore contributo dell'Autrice, nella medesima Rivista, per un'ampia rassegna dei provvedimenti adottati dalla Magistratura di sorveglianza nel corso dei primi mesi dell'emergenza sanitaria: A. Della Bella, *La magistratura di sorveglianza di fronte al Covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, 29 aprile 2020.

[46] Come noto, a seguito della predetta circolare – firmata dalla dirigente Assunta Borzacchiello per conto del Direttore generale Giulio Romano – sono state presentate le dimissioni di quest'ultimo e del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria Francesco Basentini (1° maggio 2020). Il giorno seguente è stato nominato al vertice del DAP il magistrato Bernardo Petralia.

La sospensione dell'efficacia delle disposizioni impartite con la circolare n. 95907 del 21 marzo è stata espressamente disposta con la successiva circolare n. 209709 del 16 giugno.

Il clamore suscitato da tali provvedimenti è stato tale da indurre il Governo ad inserire nel decreto-legge n. 28 del 30 aprile 2020[47] una rilevante modifica in materia di detenzione domiciliare e dei permessi. L'articolo 2, intervenendo sugli artt. 30-*bis* e 47-*ter* dell'ordinamento penitenziario, introduce un parere obbligatorio sull'istanza di concessione delle misure che i giudici di sorveglianza devono chiedere al procuratore antimafia in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e alla pericolosità del soggetto. Il parere è rivolto al procuratore distrettuale, se la decisione riguarda l'autore di uno dei gravi reati elencati nell'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* del codice di rito, nonché al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, se la decisione concerne un soggetto sottoposto al regime detentivo speciale.

Alla medesima matrice di "indignazione" in riferimento alle scarcerazioni di noti esponenti della criminalità organizzata, è riconducibile il successivo decreto-legge n. 29 adottato dal Governo il 10 maggio. Il provvedimento impone all'autorità giudiziaria, nei confronti dei detenuti sottoposti al regime *ex* art. 41-*bis* o.p. cui sono state concesse misure extramurarie in ragione dell'epidemia, una valutazione specifica in merito alla permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria, entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile[48].

[47] Rubricato "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", successivamente convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2020, n. 70 su cui si rinvia alla considerazioni espresse nel testo.

[48] Artt. 2 e 3 del d.l. 10 maggio 2020 n. 29 ("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 terroristico o 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 o con finalità di terrorismo), nonché di detenuti e internati sottoposti 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").

Il decreto, dunque, in riferimento ad alcuni condannati per reati legati alla criminalità organizzata, introduce un vero e proprio meccanismo "speciale" di rivalutazione delle ordinanze di concessione della detenzione domiciliare o del differimento della pena «per motivi legati all'emergenza sanitaria»[49].

Diverse considerazioni espresse nei contributi ospitati nel presente Volume testimoniano come le riflessioni intorno a tali scelte normative siano numerose. In questa introduzione ci si limita ad osservare come le richiamate modifiche testimonino una sostanziale (e sempre preoccupante) sfiducia dell'esecutivo nei confronti dell'operato della magistratura di sorveglianza, con particolare riguardo alla sua capacità di operare un corretto e ponderato bilanciamento tra esigenze di salute e tutela della sicurezza. Ma, più di ogni altro, gli approfondimenti richiesti (d.l. n. 28/2020) e il citato meccanismo di "rivalutazione permanente" (d.l. 29/2020), appaiono in larghissima parte mossi dalla necessità di mostrare all'opinione pubblica la capacità delle forze politiche al governo di porre un argine alle poco rassicuranti "aperture giurisprudenziali". Il messaggio, dunque, è chiaro: «frenare i giudici, sul cui operato (…) è bene sorvegliare»[50] e, al contempo, inviare un evidente – ancorché

[49] L'art. 4 del decreto, invece, contiene indicazioni aventi ad oggetto la possibilità, a decorrere dal 19 maggio 2020 e sino alla data del 30 giugno 2020, dello svolgimento a distanza dei colloqui dei detenuti con i congiunti.

In generale sul d.l. 10 maggio 2020 n. 29 cfr., tra i molti, M. Brucale, *Decreto legge n. 29, 10 maggio 2020. Alcune riflessioni*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 14 maggio 2020; L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 23 maggio 2020; F. Fiorentin, *Con controlli cadenzati sui casi blindate le procedure per i benefici*, in *Guida dir.*, 23, 2020, 114 ss.; 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 *giustiziainsieme.it*, 12 maggio 2020; C. Minnella, *Ennesimo d.l. per "monitorare" le scarcerazioni legate all'emergenza coronavirus di imputati e condannati*, in *Il Penalista*, 11 maggio 2020.

[50] Così A. Della Bella, *Emergenza Covid e 41* bis, op. cit.

Nella medesima direzione, v. M. Gialuz, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *sistemapenale.it*, 1° maggio 2020.

Inoltre, in riferimento ai numeri, il Garante nazionale delle persone private della libertà ha affermato che se di frequente presso la pubblica opinione si insiste eccessivamente sul dato meramente quantitativo, sottolineandosi la presenza di 9.000 detenuti in Alta sicurezza e di 750 persone sottoposte al regime detentivo speciale, fin troppo spesso ci si dimentica di riportare anche il dato qualitativo: la popolazione detenuta è

implicito – avviso politico alla magistratura che viene "invitata" a far rientrare in istituto, nel più breve tempo possibile, i detenuti mafiosi destinatari delle misure *extra moenia*[51].

È noto, peraltro, come in riferimento al meccanismo di rivalutazione introdotto dal decreto legge n. 29 del 2020 siano stati sollevati diversi dubbi di legittimità costituzionale.

Una prima questione è stata posta dal Magistrato di sorve-

«in realtà composta in maniera del tutto prevalente da condannati a piccole pene» (*La situazione nelle carceri. Parla Mauro Palma*, Intervista dell'8 maggio 2020, reperibile su *treccani.it*. Nella medesima intervista sono stati esposti ulteriori dati relativi alla popolazione carceraria sottoposta ai predetti regimi speciali).

Le polemiche politico-mediatiche e le preoccupazioni sollevate dalle predette scarcerazioni, hanno condotto autorevole dottrina ad alcune rilevanti considerazioni sui rapporti tra informazione giornalistica, opinione pubblica, ruolo della magistratura e decretazione d'urgenza, v. G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *sistemapenale.it*, 19 maggio 2020.

In ordine alla natura "polemica politico-mediatica" delle richiamate vicende, v. anche G. Daraio, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 947 ss.

Ancora sul decreto-legge n. 28 del 2020, oltre ai contributi citati nelle precedenti note, cfr. le riflessioni contenute in P. Canevelli, *La magistratura di sorveglianza tra umanità della pena e contrasto alla criminalità organizzata: le soluzioni contenute nel D.L. 30 aprile 2020, n. 28*, in *giustiziainsieme.it*, 8 maggio 2020; C. De Luca, *Emergenza Covid-19 e ordinamento penitenziario: le novità del d. l. n. 28/2020*, in *Diritto penale e uomo*, 6 maggio 2020; V. Manca, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 5/2020, 19 ss.

Ampiamente sul tema delle scelte politiche ispirate a una logica repressiva come risposta alla percezione di insicurezza da parte dell'opinione pubblica, v. M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 16 ss.

In relazione alle "spinte repressive" che hanno condotto agli interventi legislativi degli ultimi anni in materia di uso di sostanze stupefacenti, immigrazione e recidiva, sia altresì consentito un rinvio a S. Talini, *La privazione della libertà personale Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, in questa Collana, Napoli, 2018, 99-126.

[51] G. Fiandaca, *Scarcerazioni per motivi di salute*, op. cit.

Nel medesimo senso, v. anche M. Gialuz, *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione*, in *sistemapenale.it*, 5 giugno 2020.

Anche il Garante Nazionale delle persone private della libertà ha sostenuto che tali modifiche, se poco aggiungono sul piano normativo, molto comunicano su quello culturale «soprattutto perché l'adozione del provvedimento è stata accompagnata da campagne di stampa al grido del "ricontrolliamo tutto" con l'implicito messaggio di, se non altro, frettolose decisioni assunte» (Bollettino n. 32 del 15 maggio 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*).

glianza di Spoleto in ordine all'art. 2 del decreto il quale si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 24, secondo comma e 111, secondo comma, Cost. «nella parte in cui, onerando il magistrato di sorveglianza della rivalutazione, prevede un procedimento senza spazi di adeguato formale coinvolgimento della difesa tecnica dell'interessato, senza alcuna comunicazione formale dell'apertura del procedimento e con una conseguente carenza assoluta di contraddittorio, rispetto alla parte pubblica»[52].

Più nel dettaglio, la violazione del diritto di difesa e dei principi del giusto processo risiederebbe nella previsione di un procedimento *de plano*; secondo il rimettente «svolgendosi senza adeguato coinvolgimento della difesa e senza il necessario contraddittorio delle parti in condizioni di parità. (…), emerge all'evidenza l'assenza, che in tal senso non appare ragionevole, di qualsiasi formale coinvolgimento della difesa dell'interessato, nonostante dalla decisione (…) derivi l'eventuale ripristino della massima privazione della libertà rappresentata dal rientro in carcere, per altro di una persona affetta da rilevanti patologie e già destinataria di una misura volta essenzialmente alla tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e ad una detenzione conforme al senso di umanità (art. 27 comma 3 Cost.)»[53].

In argomento anche il Consiglio Superiore della Magistratura e l'Unione delle Camere Penali Italiane hanno criticamente rilevato come il meccanismo rivalutativo, sin dalla sua configurazione originaria, non contenga alcun espresso riferimento alla necessità di un coinvolgimento della difesa del ristretto (condannato o internato) nella procedura di eventuale revoca della misura[54].

[52] Mag. sorveglianza Spoleto, ord. n. 1380 del 26 maggio 2020, 6.

[53] Sulle questioni sollevate dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto, cfr., tra gli altri, S. Amato-M. Passione, *Vuoti a perdere*, in *dirittodidifesa.eu*, 1° giugno 2020; M. Bortolato, *Alla Corte costituzionale il decreto-legge sulle "scarcerazioni"*, in *questionegiustizia.it*., 29 maggio 2020; L. Granozio, *Dubbi sulla costituzionalità del decreto legge in materia di "scarcerazioni"*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 31 maggio 2020.

[54] Crf. C.S.M., *Parere sul Decreto legge 10 maggio 2020 n. 29, in materia penitenziaria*, delibera del 17 giugno 2020, pubblicato in *csm.it*, in part. 9; la nota della Giunta dell'U.C.P.I., *I penalisti sul DL scarcerazioni: una vergogna, 10 maggio 2020*, in *camerepenali.it*, nonché il documento Memoria per l'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, *Le considerazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, del 13 maggio 2020, in *senato.it*.

La Corte costituzionale, il 22 luglio, ha restituito gli atti al Magistrato di sorveglianza per verificare se, alla luce delle modifiche introdotte dalla successiva legge n. 70 del 2020, le questioni fossero ancora non manifestamente infondate. In effetti con la citata legge del 25 giugno è stato convertito, con modifiche, il decreto-legge n. 28 del 30 aprile cristallizzando, nel medesimo atto, alcune disposizioni del non convertito decreto-legge n. 29[55].

In riferimento al censurato meccanismo, la legge n. 70 del 25 giugno – pur non convertendo il d.l. n. 29 – ha riprodotto, con alcune modifiche, il procedimento rivalutativo in esso contenuto nel convertito decreto-legge n. 28 del 30 aprile. In particolare, il comma 4 dell'art. 2-*bis* stabilisce che, «nel caso in cui il magistrato di sorveglianza abbia disposto la revoca della detenzione domiciliare o del differimento della pena adottati in via provvisoria», la questione debba essere devoluta al Tribunale di sorveglianza, il quale è chiamato a pronunciarsi «sull'ammissione alla detenzione domiciliare o sul differimento (…) entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento di revoca», pena la perdita di efficacia di quest'ultimo atto. Il giudizio dinnanzi all'organo collegiale si svolge secondo le forme tipiche del rito della sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.; la revoca del provvedimento ad opera del Magistrato di sorveglianza resta, quindi, immediatamente esecutiva[56].

Lo *ius superveniens* ha dunque indotto il Giudice delle leggi a restituire gli atti al rimettente. Le modifiche introdotte nella leg-

[55] Sul contrasto politico in sede di conversione del decreto, v. J. Della Torre, *Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto non demorde: il "d.l. antiscarcerazioni" di nuovo alla Consulta*, in *sistemapenale.it*, 23 settembre 2020, punto 4.

[56] Riguardo alle modifiche apportate in sede di conversione, in ordine a diversi punti, cfr. A. Cabiale, *Covid e "scarcerazioni": diventano legge, con alcune novità, i contenuti dei dd.ll. nn. 28 e 29 del 2020*, in *sistemapenale.it*, 13 luglio 2020; L. Cesaris, *La conversione in legge del d.l. 28 del 2020 con legge n. 70 del 2020 non elide i dubbi e le perplessità sulle scelte del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5 agosto 2020; L. Degl'Innocenti-F. Faldi, *I decreti di primavera e le novità in materia di ordinamento penitenziario: la conversione del d.l. 28/2020 e l'"abrogazione" del d.l. 29/2020*, in *Il Penalista*, 6 luglio 2020; J. Della Torre, *Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto non demorde: il "d.l. antiscarcerazioni"*, op. cit., punto 4; F. Fiorentin, P*oche modifiche alle regole sui benefici a chi è recluso*, in *Guida dir*., 2020, n. 32, 65 ss.; G. Pestelli, *D.L. 28/2020 e D.L. n. 29/2020: tutte le modifiche apportate in sede di conversione*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 26 giugno 2020.

ge di conversione, si legge nell'ordinanza della Corte, «mirano a una più intensa tutela del diritto di difesa del condannato, cui è ora garantita una piena partecipazione al procedimento avanti il tribunale di sorveglianza (…)»; le stesse variazioni, tuttavia, «sono orientate "nella medesima direzione dell'ordinanza di rimessione" (…), con un effetto che potrebbe essere ritenuto suscettibile di ridimensionare, o al limite di emendare, i vizi denunciati dal rimettente». Spetta quindi al solo giudice *a quo* «la responsabilità di valutare in concreto l'incidenza di tali modifiche in riferimento alla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate»[57].

Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con l'ordinanza n. 1899 dello scorso 18 agosto, ha nuovamente rilevato la non manifesta infondatezza delle questioni. Rinviando al testo della decisione per le ampie riflessioni poste a fondamento di tale scelta può dirsi, in estrema sintesi, che a parere del rimettente le violazioni del diritto alla difesa e del contraddittorio continuerebbero a permanere soprattutto se poste in relazione al diritto alla salute dell'interessato[58]: il termine di trenta giorni entro cui il Tribunale di sorveglianza è chiamato a pronunciarsi sarebbe eccessivamente lungo rispetto al pericolo di contagio derivante dal nuovo ingresso dell'interessato nell'istituto penitenziario. In altri termini, secondo il giudice *a quo*, «la rivalutazione collegiale di eventuale ripristino della misura diversa dalla detenzione potrebbe giungere oramai tardivamente», stante «la subitanea implacabile rapidità» del contagio epidemiologico da Covid-19[59].

[57] Corte cost., ord. n. 185 del 22 luglio 2020 in cui viene richiamata la recente sentenza n. 125 del 2018 in materia di *ius superveniens*.

Sull'ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo*, cfr. E. ANDOLFATTO, *Un'ordinanza interlocutoria della Consulta sul "decreto antiscarcerazioni"*, in *sistemapenale.it*, 1° agosto 2020; I. CONTI, *Conversione del D.L. Scarcerazioni: la Consulta rimanda gli atti a Spoleto*, in *il Quotidiano Giuridico*, 29 luglio 2020.

[58] Occorre precisare, sul punto, che l'art. 32 della Costituzione non è stato richiamato – così come nella prima ordinanza di rimessione – tra i parametri indicati alla Corte.

[59] Sulla riproposizione delle questioni di costituzionalità, cfr., J. DELLA TORRE, *Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto*, op. cit.; V. MANCA, *"*The match goes on*": il Magistrato di Sorveglianza solleva nuovamente questione di legittimità costituzionale sul decreto legge n. 29/2020*, in *il Penalista*, 9 settembre 2020.

Non è questa la sede per un commento più diffuso in ordine a tale vicenda giurisprudenziale, conclusasi di recente con la dichiarazione di infondatezza da parte della Corte costituzionale di cui si resta in attesa di leggere le motivazioni[60]. Preme tuttavia condividere una breve riflessione.

Il procedimento *de plano* inserito dal Governo nel decreto-legge n. 29 del 2020, ben mostra come i diritti costituzionali non possano mai dirsi al riparo da pericolose e repentine involuzioni normative (specie in situazioni di "emergenza"). È noto, in effetti, come a seguito di un lungo e tormentato *iter* compiuto dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, il "diritto alla giustiziabilità dei diritti" nell'ambito di un procedimento avente le garanzie delle "giurisdizionalità", sia stato finalmente cristallizzato nella normativa penitenziaria (art. 35-*bis* o.p., introdotto dal d.l. n. 146 del 2013)[61].

Occasioni come la pandemia, tuttavia, dimostrano apertamente come, all'inserimento dei diritti nello *ius positum*, non corrisponda una loro posizione di "sicura protezione" nei confronti di improvvisi cambi di direzione operati dalle forze politiche in contrasto con i richiamati principi costituzionali. Analogamente a quanto sostenuto riguardo alle limitazioni contenute nel decreto Cura Italia, ciò non significa che l'emergenza sanitaria non possa comportare una (fisiologica) "contrazione" dei diritti – in tal caso previsti negli artt. 24 e 111 Cost.– ma non sino al punto di una loro assoluta negazione[62].

[60] Si veda il sintetico comunicato stampa della Corte costituzionale diffuso il 4 novembre 2020, in *cortecostituzionale.it*.

[61] In riferimento alla complessa e decennale vicenda relativa all'emersione, per via giurisprudenziale, del diritto all'effettività dei diritti nell'esecuzione penale, sia consentito un rinvio a S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 286-334, anche in ordine all'ampia bibliografia ivi citata.

[62] Analoghe riflessioni erano state proposte riguardo al comma 85 dell'art. 1, della legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario (l. n. 103 del 2017 "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario"). La lettera a) prescriveva al delegato la «semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione». Tale criterio, fortunatamente, non è stato esercitato in questa direzione nei decreti di riforma dell'ordinamento penitenzia-

Ad essere compromessa, come affermato da autorevole dottrina già all'inizio degli anni '90, è la stessa logica sottesa al bilanciamento costituzionale che consente di giustificare la prevalenza di uno degli interessi in gioco ma mai oltrepassando il punto di estrema tensione che, comportando il totale sacrificio di uno di essi, pregiudica la sua ineliminabile ragion d'essere[63].

Ancora in ordine alle questioni sottoposte all'attenzione della Corte costituzionale, occorre ricordare come a pochi giorni di distanza dall'ordinanza di Spoleto, il Magistrato di sorveglianza di Avellino (3 giugno 2020) e il Tribunale di sorveglianza di Sassari (9 giugno 2020), abbiano presentato due ordinanze di rimessione anch'esse rivolte a censurare l'art. 2 del decreto-legge n. 29 del 2020. Senza potersi dilungare sul contenuto di tali provvedimenti – il secondo dei quali estremamente ampio[64] – si rileva come, a differenza delle doglianze contenute nell'ordinanza di Spoleto, entrambi i rimettenti abbiamo individuato il diretto fondamento

rio approvati nell'ottobre del 2018 (v. S. TALINI, *Il diritto all'"effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà*, in M. RUOTOLO-S.TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., vol. II, 507-511).

Nella medesima sede è stato peraltro ricordato come la giurisprudenza costituzionale abbia individuato, già a partire dagli anni '70, l'essenza del combinato disposto degli artt. 24 e 111 della Costituzione nella duplice veste di metodo di formazione della decisione e garanzia individuale: «il diritto di difesa (…) è in primo luogo garanzia di contraddittorio. Il che è quanto dire che esso può dirsi assicurato solo nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale» (sent. n. 99 del 1975), rappresentando (il contraddittorio), «la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale» (sent. n. 125 del 1979).

[63] L'espressione si deve a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81.

[64] Nella prima parte del provvedimento il giudice *a quo* denuncia una lesione della propria sfera di competenza con conseguente violazione degli artt. 102, primo comma e 104 primo comma, Cost. In proposito, il Tribunale di sorveglianza di Sassari rileva che «l'obbligo di rivalutazione della detenzione domiciliare» – «immediatamente, entro quindici giorni e poi a cadenza mensile» – sarebbe invasivo della «sfera di competenza riservata all'autorità giudiziaria», violando «il principio di separazione dei poteri, tanto più in quanto applicata retroattivamente ai provvedimenti già adottati a decorrere dal 23 febbraio 2020».

Il rimettente, pertanto, dichiara rilevante e non manifestamente infondata anche la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con i predetti parametri, in relazione all'art. 5 del medesimo decreto-legge nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui all'art. 2 si applicano ai provvedimenti di ammissione alla detenzione domiciliare, o al differimento della pena, adottati successivamente al 23 febbraio 2020.

delle censure anche nell'art. 32 della Costituzione. Il meccanismo di "rivalutazione continua" avrebbe prodotto un illegittimo squilibrio della disciplina in favore delle esigenze di sicurezza pubblica, comportando un totale sacrificio del diritto alla salute così violando, per il rimettente di Sassari, anche il principio di umanizzazione delle pene di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.[65].

In altri termini, il censurato procedimento, sottoponendo il ristretto a una costante rivalutazione delle misure extramurarie, pregiudicherebbe la garanzia della «continuità delle cure», nonché la possibilità di «progettazione e realizzazione» di un adeguato percorso diagnostico-terapeutico[66]. Tale meccanismo, dunque, non può che porre in diretto pericolo la vita dell'individuo, in considerazione del noto esito che il contagio da Covid-19 può avere sulle persone di età avanzata e con gravi patologie pregresse[67].

Al di là di tali questioni, anch'esse recentemente dichiarate infondate dalla Corte costituzionale[68], è noto come durante la

[65] Gli artt. 2 e 5 del d.l. 29/2020 comprometterebbero il delicato equilibrio, sotteso all'applicazione della detenzione domiciliare, «tra diritto alla salute e umanizzazione della pena da un alto ed esigenze di sicurezza della collettività dall'altro».

Si rinvia, in argomento, anche alle riflessioni contenute in diversi contributi ospitati nel presente Volume.

[66] Citazioni riprese dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di sorveglianza di Sassari.

[67] Sull'ordinanza di rimessione del Tribunale di sorveglianza di Sassari, anche in ordine al caso da cui le questioni traggono origine, cfr. A. Cabiale, *Un'altra questione di legittimità costituzionale si abbatte sul d.l. antiscarcerazioni: questa volta entra in gioco il diritto alla salute. Sulla medesima pronuncia*, in *sistemapenale.it*, 10 giugno 2020 e V. Manca, *Il decreto legge n. 29/2020 non trova pace: sollevata un'altra questione di legittimità costituzionale*, in *Il Penalista*, 15 giugno 2020.

[68] In riferimento alle questioni sollevate dai giudici di Avellino, Sassari e Spoleto, nel comunicato stampa della Corte costituzionale diffuso il 4 novembre 2020 si legge: «La disciplina censurata impone ai giudici di sorveglianza di verificare periodicamente la perdurante sussistenza delle ragioni che giustificano la detenzione domiciliare per motivi di salute. A tal fine, i giudici sono tenuti ad acquisire una serie di documenti e di pareri, in particolare da parte dell'Amministrazione penitenziaria, della Procura nazionale antimafia e della Procura distrettuale antimafia. La Corte ha ritenuto che questa disciplina non sia in contrasto con il diritto di difesa del condannato né con l'esigenza di tutela della sua salute né, infine, con il principio di separazione tra potere giudiziario e potere legislativo» (in *cortecostituzionale.it*).

Va peraltro ricordato come i Tribunali di Siena, Spoleto e Roma abbiano sollevato questione di legittimità costituzionale in merito alla disciplina della sospensione della prescrizione introdotta dell'art. 83, co. 4 del d.l. n. 18/2020, nella parte in cui prevede

stagione primaverile ed estiva si sia registrata una significativa diminuzione dei casi di contagio da Covid-19 in tutto il territorio nazionale. Già nel mese di maggio l'art. 4 del decreto-legge n. 29 aveva previsto che i colloqui potessero riprendere anche con modalità in presenza.

In esecuzione di tale previsione la circolare DAP del 12 maggio[69] ha posto in capo alle singole Direzioni il compito di valutare sia la quantità dei colloqui in presenza effettuabili (limitabili fino a uno al mese), sia il numero di coloro che vi possono essere ammessi, ribadendo altresì la possibilità di svolgere gli incontri "in modalità a distanza" attraverso l'uso di collegamenti audio-video o mediante la corrispondenza telefonica autorizzata anche oltre gli ordinari limiti. La medesima circolare ha inoltre previsto il ripristino dei mezzi divisori durante gli incontri – anche al fine di «evitare il possibile passaggio di oggetti» –, il rispetto della distanza inter-

che lo stabilito periodo di sospensione della prescrizione debba applicarsi anche ai fatti di reato commessi anteriormente alla sua entrata in vigore. Secondo i rimettenti, la sospensione retroattiva della prescrizione (per la stessa durata della sospensione dei termini processuali: 9 aprile - 11 maggio 2020), si tradurrebbe in un'illegittima violazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole. La Corte costituzionale, nel recente comunicato del 18 novembre 2020, ha reso noto di non aver ritenuto la disciplina censurata in contrasto con l'articolo 25, secondo comma, della Costituzione né con i parametri sovranazionali richiamati dall'articolo 117, primo comma, Cost. Si resta naturalmente in attesa del deposito della sentenza (anche il comunicato del 18 novembre 2020 è pubblicato in *cortecostituzionale.it*).

Per un approfondimento riguardo alle questioni portate all'attenzione del Giudice delle leggi in materia di sospensione della prescrizione nel corso dell'emergenza sanitaria, v. V. MANES, *Diritto dell'emergenza, sospensione della prescrizione e garanzie fondamentali: davvero "bilanciabile" il principio di irretroattività?*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 2, 2020, 2. Cfr. anche, in *Giurisprudenza Penale Web*: B. ANDÒ, *La natura sostanziale della prescrizione e le intenzioni processuali della legislazione ai tempi dell'emergenza sanitaria: in dubbio la legittimità costituzionale della sospensione della prescrizione disposta dal Decreto Cura Italia*, 22 giugno 2020; N. MADIA, *Dubbi di costituzionalità in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19. Commento – tra luci ed ombre anche sul* modus procedendi *– alla sentenza della III sezione penale della Cassazione che ha dichiarato manifestamente infondata la questione*, 24 luglio 2020, e delle stesso Autore, *Tre questioni problematiche in tema di sospensione della prescrizione connessa all'emergenza Covid-19*, 4 maggio 2020, 5; F.P. MODUGNO, *Sospensione della prescrizione e Covid-19: spunti per un "*commodus discessus*" nel rispetto dell'art. 25, co. 2, Cost.*, 7 luglio 2020, 7-8.

[69] Circolare DAP n. 156964.

personale[70], il favore verso gli incontri svolti nelle aree verdi degli istituti, la creazione di un sistema di prenotazione dei colloqui, la necessità di specifici accertamenti sanitari e di misure di sanificazione dei locali prima e dopo gli incontri.

A partire dal 1° giugno sono altresì riprese le celebrazioni liturgiche all'interno degli istituti lasciando a ciascuna Direzione, d'intesa con l'Autorità sanitaria locale, la valutazione concernente l'idoneità degli spazi per le funzioni[71] e, il 16 giugno, è stata espressamente disposta la sospensione dell'efficacia delle prescrizioni impartite alle Direzioni dall'ampiamente richiamata (e controversa) circolare del 21 marzo 2020 riguardante la segnalazione all'autorità giudiziaria dei detenuti infrasettantenni e affetti da gravi patologie[72].

La stessa Autorità Garante delle persone private della libertà ha pubblicato, il 5 giugno, il suo ultimo aggiornamento relativo al Covid-19 annunciando che i successivi bollettini non rappresentano «più una pubblicazione periodica – come era quella strettamente connessa all'emergenza di queste settimane – ma una pubblicazione randomica, di volta in volta riferita a una visita effettuata o a un dibattito»[73].

Ancora alla fine di giugno è stata adottata la circolare DAP contenente le "Linee per la gestione della vita degli II.PP nel tem-

[70] Sul punto v. anche la lett. y) del D.p.c.m. del 26 aprile 2020 dal quale si evince il necessario rispetto di una distanza interpersonale di almeno due metri.

[71] Circolare DAP n. 172924 del 21 maggio 2020 in esecuzione del protocollo sottoscritto il 7 maggio dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Presidente della Conferenza Episcopale Italiana e dal Ministro dell'Interno.

[72] La sospensione è stata disposta, come anticipato, dalla circolare DAP n. 209709 del 16 giugno 2020.

Ancora nella seconda metà di giugno si collocano alcune circolari dei Provveditorati regionali concernenti la ripresa delle attività trattamentali e di volontariato (v. la circolare del Provveditorato Regionale di Veneto, Friuli-Venezia Giulia e Trentino del 16 giugno 2020 "Ripresa attività trattamentali"; la circolare del Provveditorato Regionale di Liguria, Piemonte e Valle d'Aosta del 23 giugno 2020 "Ripresa delle attività osservativo-trattamentali" e la circolare del Provveditorato Regionale di Lazio, Abruzzo e Molise del 25 giugno 2020 "Collaborazione con il volontariato").

[73] Bollettino n. 35 del 5 giugno 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*.

Come si dirà a breve, il Garante nazionale ha di recente annunciato la ripresa della pubblicazione periodica di un bollettino d'informazione in larga misura dovuto al nuovo incremento dei casi di contagio da Covid-19 su tutto il territorio nazionale (Comunicato del 28 ottobre 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*).

po successivo al 30 giugno 2020"[74]. L'atto, nel diffondere il "Protocollo operativo in prevenzione del contatto di Covid-19 negli istituti penitenziari" redatto dal Ministero della Salute sulla base delle indicazioni elaborate dall'Istituto superiore della sanità, contiene eterogenee specificazioni concernenti l'isolamento precauzionale dei nuovi ingressi[75], i trasferimenti (che debbono avvenire solo per "estrema necessità")[76], i colloqui[77] e le attività trattamentali[78] (oltre al rispetto dei contingentamenti e delle procedure di igiene riguardanti gli spazi e le persone, la circolare segnala la necessità di attribuire priorità ai servizi alla persona detenuta e all'opportunità di attivare sportelli INPS)[79].

Sfortunatamente, come fin troppo noto, ciò che si sperava alle spalle è tornato drammaticamente a palesarsi tra la metà di settembre e l'inizio di ottobre con l'acuirsi, ampiamente pronosticato dalla comunità scientifica, del contagio da Covid-19[80].

Nel comunicato stampa del 28 ottobre, il Garante nazionale delle persone private della libertà ha annunciato la ripresa della pubblicazione periodica dei bollettini avvertendo, contestualmente, che i nuovi numeri del contagio non devono essere sottovalu-

[74] Circolare DAP del 30 giugno 2020.

[75] V. punti nn. 3, 4 e 13.

[76] *Idem*.

[77] V. punti da 5 a 9.

Sul medesimo argomento la successiva circolare DAP del 2 luglio 2020 n. 233868, contenente alcuni chiarimenti in ordine alla circolare del 30 giugno, specifica che «per i detenuti associati al circuito di alta sicurezza ai quali prima del 30 giugno 2020 era stato accordato il colloquio a distanza, si ritiene in virtù del generale principio che vieta il regresso delle opportunità trattamentali già esperite, che essi possono avere seguito». Viene altresì manifestato l'auspicio di «una più ampia fruibilità dei colloqui in presenza».

[78] V. punti da 10 a 12.

[79] Il testo della circolare, a cui viene allegato il "Protocollo operativo in prevenzione del contatto di Covid-19 negli istituti penitenziari" redatto dal Ministero della Salute, è pubblicato sul sito del Ministero della Giustizia (*giustizia.it*).

[80] I contagi da Covid-19 hanno registrato un significativo aumento a partire dalla fine di settembre e, al momento in cui si scrive, i numeri oscillano tra 30.000 e 40.000 casi positivi al giorno su tutto il territorio nazionale.

Al 2 novembre risultano positivi al Covid-19, in tutta Italia, 395 detenuti (di cui 20 ricoverati in ospedale e/o presi in carico dal servizio 118) e 424 operatori penitenziari censiti dall'Ufficio Attività Ispettiva e di Controllo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

tati[81]: resta l'ineludibile necessità «della predisposizione di spazi di effettivo ricovero interno, che si spera non siano necessari, ma che sarebbe errato non prevedere»[82]. Il tema, si legge ancora nel comunicato, «torna a essere quello della riduzione del numero di presenze attraverso provvedimenti che, pur tenendo fermo il criterio della complessiva sicurezza, siano in grado di fare emergere la centralità della tutela della salute di ogni persona».

Il rapido e progressivo aumento dei casi di positività in tutto il territorio nazionale ha dunque condotto il Governo ad adottare, in tempi recentissimi, il decreto legge n. 137 del 28 ottobre (cosiddetto "Ristori"), contenente diverse misure volte a un nuovo contenimento della diffusione del virus anche negli istituti penitenziari. Si tratta delle disposizioni vigenti al momento in cui si scrive e che brevemente occorre richiamare[83].

[81] Si legge nel comunicato che «alle 54.815 persone detenute oggi presenti, il dato divulgato di un numero di contagio attorno alle 150 unità, a cui corrisponde uno più alto (circa 200) di personale, rappresenta un'incidenza lievemente maggiore di quella del maggio scorso».

[82] Comunicato del 28 ottobre 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*.

[83] Il riferimento è agli articoli 28, 29 e 30 del decreto-legge, 28 ottobre 2020, n. 137 contenente "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".

Ancora nel mese di ottobre, al fine di contrastare la forte riacutizzazione del contagio da Covid-19, sono stati adottati il decreto-legge n. 125 del 7 ottobre ("Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta Covid, nonché attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020") e i D.p.c.m. del 13, 18 e 24 ottobre.

Da ultimo, il 3 novembre, è stato adottato un nuovo D.p.c.m. contenente una differenziazione delle Regioni in base al rischio di diffusione epidemiologica: all'inserimento di un territorio in una determinata "zona" (gialla, arancione o rossa) da parte del Ministero della salute corrisponde l'adozione di misure più o meno restrittive.

Nelle F.A.Q., reperibili sul sito del Governo, sono pubblicate indicazioni riguardanti gli spostamenti per fare visita alle persone detenute a seconda della "zona". In riferimento alle regioni gialle viene precisato che negli orari compresi tra le 5.00 e le 22.00 gli spostamenti sono consentiti; sono invece vietati dalle ore 22.00 alle ore 5.00, non potendosi ritenere giustificati da ragioni di necessità o per motivi di salute. Resta comunque ferma la possibilità di colloqui a distanza, fortemente raccomandati, mediante apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, anche oltre i limiti stabiliti dalle norme dell'ordinamento penitenziario. Riguardo alle zone arancioni si precisa che in orari

L'art. 28 del decreto dispone che, al condannato ammesso al regime di semilibertà, l'autorità giudiziaria possa concedere licenze con durata maggiore a quella ordinariamente prevista – dunque in misura superiore ai quarantacinque giorni annui[84] –, salvo che il magistrato di sorveglianza ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura (primo comma) e che la durata non sia estesa oltre il 31 dicembre 2020 (secondo comma)[85].

In riferimento ai permessi premio, il successivo art. 29 dispone che essi possano essere concessi anche con durata superiore agli ordinari quindici giorni e per periodi complessivamente più ampi di quarantacinque giorni annui[86]. Lo stesso articolo, tuttavia, limita il perimetro della misura a coloro che siano già stati destinatari di permessi premio nonché, contemporaneamente (e non alternativamente), siano assegnati a svolgere un lavoro all'esterno *ex* art. 21 o.p; viene altresì preclusa l'applicazione della misura nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. e dei reclusi per i reati di maltrattamenti in famiglia o di atti persecutori. Il permesso, inoltre, non può essere concesso a coloro che abbiano nel proprio titolo esecutivo un delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso o altro reato commes-

compresi tra le 5.00 e le 22.00 gli spostamenti sono consentiti solo in ambito comunale, essendo vietato ogni spostamento in entrata e in uscita dai comuni delle regioni dell'area "arancione". Conseguentemente tali spostamenti sono interdetti per chi si debba muovere da un comune diverso da quello in cui si svolge la detenzione e, per costoro, i colloqui possono perciò svolgersi esclusivamente in modalità a distanza. Infine, nelle regioni rosse gli spostamenti per fare visita alle persone detenute sono sempre vietati, non potendo ritenere che tali spostamenti siano giustificati da ragioni di necessità o da motivi di salute. In tali casi i colloqui possono perciò svolgersi esclusivamente in modalità a distanza.

Tutti gli atti adottati negli ultimi mesi per contrastare la diffusione del virus, molti dei quali non è stato possibile richiamare nel presente contributo per insuperabili ragioni quantitative, sono pubblicati in *governo.it*, sezione "Coronavirus, le misure adottate dal Governo".

[84] Limite previsto dall'art. 52, primo comma, o.p.

[85] Sul favore che ha incontrato l'ampliamento dell'uso delle licenze *ex* art. 52 o.p. per diminuire il numero della popolazione detenuta, sia in dottrina sia nella magistratura di sorveglianza, si rinvia alle considerazioni espresse riguardo al decreto "Cura Italia".

[86] L'estensione si applica anche ai condannati minorenni nei confronti dei quali possono essere concessi permessi-premio di durata superiore a trenta giorni che, nell'arco di ciascun anno di espiazione, possono essere complessivamente superiori a cento giorni.

so con modalità mafiose o con la finalità di agevolare un gruppo criminale *ex* art. 416-*bis* c.p., o, ancora, di terrorismo.

Riguardo a siffatte limitazioni, fondate esclusivamente sul titolo di reato, senza possibilità alcuna per l'autorità giudiziaria di valutare gli elementi del caso di specie (utile soprattutto per i gravi rischi connessi all'emergenza sanitaria), si rinvia alle riflessioni compiute sul decreto-legge n. 18 del 2020[87].

Invece, in riferimento alla possibilità di concedere la misura al solo detenuto già ammesso ai permessi premio e, nel contempo, assegnato al lavoro all'esterno, si concorda con chi di recente ha auspicato una modifica in sede di conversione mediante «la sostituzione della congiunzione con una particella disgiuntiva», variazione che consentirebbe di «lasciare alla prudente discrezionalità dei magistrati di sorveglianza il vaglio relativo alla maturazione dei percorsi individuali, e quindi alla capacità dei destinatari di rispettare le prescrizioni con permessi di più lunga durata»[88].

Per quanto infine inerisce la detenzione domiciliare, l'art. 30 del decreto n. 137 ripropone, nei suoi tratti essenziali, la disciplina contenuta nel richiamato art. 123 del decreto-legge n. 18 del 2020, recependo i (marginali) correttivi introdotti in sede di conversione. Le novità, rispetto al decreto di marzo, riguardano unicamente il meccanismo impeditivo dello scioglimento del cumulo[89] e l'inserimento, tra gli esclusi dalla misura, anche dei detenuti nei cui confronti venga redatto un rapporto disciplinare per la promozione o la partecipazione ad eventuali disordini o sommosse in data successiva all'entrata in vigore del decreto legge[90].

[87] Criticamente sulle limitazioni all'accesso alle misure extramurarie contenute nei provvedimenti adottati nel corso dell'emergenza sanitaria, v. R. De Vito, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, op. cit., e A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, op. cit., in part. 64.

[88] F. Gianfilippi, *Decreto legge Ristori, le disposizioni emergenziali per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia nel contesto penitenziario*, in *giustiziainsieme.it*, 30 ottobre 2020 al quale si rinvia anche per le riflessioni inerenti le limitazioni contenute nell'art. 29 in riferimento allo scioglimento del cumulo in favore del condannato.

[89] Articolo 30, comma 1, lett. a).

[90] Restano esclusi, analogamente a quanto previsto nel decreto-legge n. 18 del 2020, coloro che siano destinatari di provvedimenti disciplinari per le infrazioni di cui agli artt. 18, 19, 20 e 21 reg. esec.

Riaffiorano, dunque, le considerazioni in ordine alla natura "punitiva" di tali limitazioni[91].

Occorre da ultimo ricordare come, il giorno seguente all'approvazione del decreto Ristori, il Procuratore Generale della Corte di cassazione, Giovanni Salvi, sia tornato sulla necessità che le procure seguano le richiamate indicazioni diffuse il 1° aprile al fine di ridurre al minimo la popolazione reclusa: esse «possono essere prese come orientamento anche nell'attuale fase di ritorno della situazione emergenziale (…)», ribadendo «la priorità della tutela della prevenzione sanitaria, rispetto alla quale solo pressanti esigenze di tutela della collettività o della sicurezza delle persone offese possono prevalere»[92].

Tali esortazioni, rivolte alle procure lo scorso 29 ottobre, appaiono tanto più significative se poste in relazione ai limiti che emergono da una valutazione complessiva del decreto-legge n. 137. In effetti, come affermato di recente in dottrina, se le misure contenute in tale ultimo intervento produrranno una riduzione della popolazione penitenziaria le stesse, purtuttavia, non appaiono sufficienti a mutare in modo sensibile il quadro di sovraffollamento penitenziario che, in questa fase dell'epidemia, si fa più grave, perché risulta prioritario destinare spazi adeguati all'isolamento dei detenuti che giungono dall'esterno, ai fini delle opportune verifiche di negatività al virus, e si impongono sforzi organizzativi poderosi, ove si sviluppino *cluster* epidemici all'interno degli istituti stessi[93].

[91] Sul punto si rinvia alle riflessioni proposte in precedenza sul decreto "Cura Italia".

[92] Nota del 29 ottobre 2020 avente ad oggetto "Pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante la nuova emergenza da Covid-19" (documento pubblicato in *procuracassazione.it*).

[93] Testualmente F. GIANFILIPPI, *Decreto legge Ristori*, op. cit.

La stessa nota del 29 ottobre del Procuratore Generale della Corte di cassazione specifica che la necessità di seguire nuovamente le indicazione contenute nel documento del 1° aprile appare tanto più necessaria, «ove si consideri le caratteristiche di diffusività della nuova fase pandemica, che rendono indispensabile garantire il distanziamento all'interno delle strutture carcerarie».

## 3. *Nuova pandemia, pregresse patologie. Considerazioni d'insieme*

La riflessione da ultimo proposta apre ad alcune osservazioni conclusive di più ampio respiro.

Se, come sostenuto in premessa, alla pandemia da Covid-19 non può guardarsi come a un "cigno nero", tanto meno possono assumere tale conformazione le innumerevoli problematiche – (ri) emerse in questi mesi – che ben prima dell'emergenza sanitaria affliggevano il sistema dell'esecuzione penale.

In effetti, ogni valutazione positiva in ordine al contenuto di alcuni interventi adottati – si pensi all'implementazione dell'uso delle tecnologie per favorire la garanzia di alcuni diritti o alla riduzione del numero della popolazione ristretta mediante la richiamata concessione di misure extra *moenia* – rimarca, contestualmente, la consolidata esistenza di numerose "patologie pregresse" del sistema penitenziario su cui la pandemia ha gravemente insistito.

Rileva, *in primis*, l'assenza in molti istituti di un'adeguata strumentazione e assistenza tecnica: si pensi alle poche linee telefoniche, all'esiguità del numero dei telefoni cellulari, di computer e di postazioni internet necessari per consentire i collegamenti utili soprattutto per tutelare il diritto all'affettività e all'istruzione. Si tratta di carenze certamente non imputabili alla mancata volontà delle direzioni quanto, piuttosto, all'assenza di scelte di natura economico-gestionale che, ben prima dell'emergenza sanitaria da Covid-19, avrebbero dovuto essere adottate.

In argomento ha senza dubbio influito la mancata approvazione, in attuazione di diverse proposte avanzate dagli Stati Generali sull'esecuzione penale[94], di quanto previsto nello schema

[94] Si tratta, come noto, dell'ampio percorso di riflessione e approfondimento promosso dal Ministero della Giustizia nel maggio 2015 e conclusosi nell'aprile 2016, allo scopo di elaborare proposte concrete per una ridefinizione del modello di esecuzione penale in vista di una concreta realizzazione dei principi costituzionali e convenzionali. Ai diciotto tavoli tematici hanno partecipato oltre duecento esperti che operano, a diverso titolo, nel settore dell'esecuzione penale (dirigenti penitenziari, educatori, agenti di custodia, assistenti sociali, docenti e ricercatori universitari, esponenti del mondo dell'associazionismo e del volontariato etc.).

I *report* dei tavoli di lavoro e la relazione finale elaborata dal Comitato di esperti sono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia (*giustizia.it*).

di Decreto di riforma dell'Ordinamento penitenziario, secondo il quale dopo il quinto comma dell'articolo 18 o.p. si sarebbe dovuto aggiungere il seguente: «le comunicazioni possono avvenire, salve le cautele previste dal regolamento, anche mediante programmi informatici di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet»[95].

Inoltre in dottrina è stato ben rilevato come, in riferimento all'uso delle tecnologie, l'inadeguatezza del sistema penitenziario trapeli anche dalla formulazione dei provvedimenti adottati nel corso dell'emergenza sanitaria: nei citati decreti si afferma che i colloqui a distanza debbano essere svolti «ove possibile», con apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e, ancora, che le telefonate «possono» essere autorizzate oltre i limiti, ammettendo dunque un margine di incertezza circa l'effettività di tali soluzioni[96]. Le medesime espressioni "aleatorie" sono peraltro utilizzate anche nelle recenti indicazioni riguardanti gli spostamenti per far visita alle persone detenute in seguito alla distinzione del territorio nazionale in diverse "zone" in base alla diffusione del contagio epidemiologico[97].

Che, al contrario, l'utilizzo delle più recenti tecnologie in materia di comunicazione costituisca un fondamentale mezzo per consentire alle persone private della libertà di mantenere i rapporti con la società esterna, è stato affermato dal Garante nazionale: nel Bollettino n. 26 del 21 aprile, l'Autorità specifica che tali strumenti, soprattutto negli ultimi mesi, hanno «permesso di rivedere figure familiari – spesso anziane e impossibilitate a partecipare ai colloqui diretti – e (...) di ricostruire a distanza una appartenenza a un contesto domestico che è proprio della costruzione soggettiva,

Sulla rilevanza degli Stati generali per un cambio di paradigma nella giustizia penale, v. M. Ruotolo, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016.

[95] Art. 25 lett. g), n. 4 dello Schema di Decreto di riforma dell'Ordinamento penitenziario redatto a seguito della legge delega n. 103 del 2017 ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario").

[96] A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, op. cit., 51-52.

Tali espressioni sono utilizzate nei citati d.l. nn. 11 dell'8 marzo, 18 del 16 marzo e 29 del 10 maggio.

[97] Si veda, sul punto, la precedente nota n. 83.

anche di una persona lontana, per non sentirsi esclusa. Tale elemento dovrà permanere perché aiuterà, anche dopo la fase dell'emergenza, a perseguire quell'obiettivo di appartenenza di tutte le comunità ristrette al contesto sociale complessivo».

Ancora in materia di diritti, è stato ampiamente sostenuto come l'emergenza epidemiologica abbia introdotto un elemento di drammatica novità cumulatosi alle problematiche che, a macchia di leopardo, coinvolgono la speditezza, l'adeguatezza e la continuità delle cure fornite alle persone detenute[98]. Il quadro, sottolinea il Garante nazionale, si è reso ancora più complesso a seguito delle rivolte di marzo che, come anticipato, hanno condotto al trasferimento di numerosi detenuti dagli istituti divenuti inagibili, molti dei quali sprovvisti della cartella clinica personale. L'episodio, dunque, fa nuovamente emergere l'urgenza di procedere a una digitalizzazione dei fascicoli sanitari dei ristretti, essenziale per garantire la continuità del trattamento sanitario[99].

Su un versante diverso, ma inscindibilmente connesso alle riflessioni che precedono, si pone il non secondario problema della differenziazione nel godimento dei diritti esclusivamente in ragione del luogo di detenzione. Si pensi alle richiamate circolari adottate dall'amministrazione che hanno attribuito alle singole direzioni il potere di compiere talune scelte fortemente incidenti sui diritti dei reclusi, come il compito di valutare il numero dei colloqui in presenza effettuabili (limitabili fino a uno al mese), la quantità di persone che vi possono accedere[100], o, ancora, l'idoneità o meno degli spazi per lo svolgimento delle funzioni liturgiche[101].

Nonostante la necessità di una valutazione casistica in ordine alle caratteristiche degli spazi di ciascun istituto in ragione dell'emergenza sanitaria sia comprensibile, non può tacersi come tale differenziazione nelle scelte operate dai singoli istituti, incida for-

[98] F. Gianfilippi, *Emergenza sanitaria e differimento della pena nelle forme della detenzione domiciliare: il fardello del M. di sorveglianza. Note a Trib. Sorv. Milano, 31.3.20*, in *giustiziainsieme.it*, 11 aprile 2020.

[99] V. nota del Garante nazionale delle persone private della libertà personale del 23 marzo 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*.

[100] Circolare DAP n. 156964 del 12 maggio 2020.

[101] Circolare DAP n. 172924 del 21 maggio 2020.

temente sugli elementi positivi del trattamento, creando un panorama detentivo estremamente frammentato in cui si configurano tante modalità di esecuzione quanti sono gli istituti di reclusione. Il *quantum* di garanzia dei diritti, qui il problema, non dipende da volontà normative, derivando – in larga misura – da scelte gestionali e organizzative operate dalle singole direzioni. Tale eterogeneità, è evidente, appare difficilmente compatibile con il principio di uguaglianza in riferimento al finalismo dell'azione penale, che impone di porre le persone recluse in una posizione di orizzontalità in relazione all'accesso e alla garanzia dei diritti fondamentali quali elementi positivi del trattamento[102].

Si pone, da ultimo, la decennale questione concernente l'endemico problema del sovraffollamento carcerario.

Nel comunicato stampa del 4 novembre 2020, il Garante nazionale delle persone private della libertà ha affermato come siano 54.894 le persone attualmente detenute nei 47.187 posti realmente disponibili. Al di là di «ogni dissertazione sull'ampiezza del parametro che l'Italia utilizza per il calcolo dei posti», sostiene il Garante, «resta innegabile la necessità di ridurre il numero delle presenze: necessità in sé, acuita oggi dal problema dell'emergenza sanitaria»[103]. La stessa Autorità, nella Relazione al Parlamento 2020, ha precisato come tale emergenza abbia posto «il sistema penitenziario di fronte alle pre-esistenti carenze e criticità che enfa-

[102] È noto come l'art. 15, primo comma, o.p. individui gli elementi positivi del trattamento nella garanzia di alcuni diritti fondamentali della persona reclusa: «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».

Sull'eterogeneità gestionale quale problema generale del sistema di esecuzione penale, non solo in tempi di pandemia da Covid-19, si rinvia a S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 89-91.

[103] Documento pubblicato in *garantenazionaleprivatiliberta.it*.

Alcuni Autori, al fine di porre rimedio al sovraffollamento carcerario durante la pandemia, hanno invocano il ricorso alla clemenza. Cfr., in tal senso, P. POMANTI, *La pena nell'emergenza*, op. cit. e A. PUGIOTTO , *Il virus nel carcere e le grazie del Quirinale*, in *discrimen.it*, 19 aprile 2020.

Sulla non prorogabile necessità di intervenire per ridurre la popolazione detenuta nel corso dell'emergenza sanitaria v., inoltre, la precedente nota n. 21.

tizzavano la sua inadeguatezza a far fronte al fenomeno che si stava presentando: sovraffollamento degli Istituti, mancanza di spazi destinabili alle necessità sanitarie, diffuso degrado strutturale e igienico in molte aree detentive, debolezza del servizio sanitario»[104].

Occorre, dunque, (nuovamente) ricordare come il sovraffollamento carcerario costituisca un innegabile fattore ostativo alla realizzazione di tutti i principi in materia di tutela della dignità e dei diritti della persona ristretta e abbia condotto, in tempi recenti, a diversi interventi da parte della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale[105].

Si tratta, sfortunatamente, di vicende sin troppo note e su cui non è possibile dilungarsi. Purtuttavia, in questa sede, preme ricordare come il numero delle persone recluse negli istituti italiani discenda – in modo quasi esclusivo – dalla posizione che il legislatore attribuisce alla misura custodiale all'interno del sistema sanzionatorio. Come si è avuto ampiamente modo di osservare in altra sede[106], i numerosi interventi legislativi successivi alla riforma penitenziaria del '75 – tendenti con poche eccezioni a una graduale criminalizzazione dei fenomeni sociali, alla diminuzione del ricorso a sanzioni e misure *extra moenia* (unitamente alla progressiva erosione del sistema di *welfare*) e a un aumento della detenzione *ante iudicatum* – hanno condotto a un sistema detentivo definito «patogeno e criminogeno»[107].

[104] La Relazione al Parlamento 2020 dell'Autorità di garanzia, presentata il 26 giugno 2020 presso l'Università degli Studi di «Roma Tre», è pubblicata in *garantenazionaleprivatiliberta.it*.

[105] Il riferimento è alle condanne dalla Corte EDU *Sulejmanovic c. Italia* (16 luglio 2009) e *Torreggiani e altri c. Italia* (8 gennaio 2013), nonché al forte monito contenuto nella sentenza n. 279 del 2013 della Corte costituzionale.

Proprio in riferimento all'art. 3 della Convenzione EDU, in dottrina è stata ipotizzata una sua violazione per effetto delle condizioni detentive nel corso dell'attuale emergenza sanitaria. In argomento, cfr. F. Gianfilippi, *Emergenza sanitaria e differimento della pena*, op. cit.; V. Manca, *Umanità della pena*, op. cit., 8 ss.; C. Minnella, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *sistemapenale.it*, 15 maggio 2020; P. Pomanti, *La pena nell'emergenza*, op. cit., 14.

[106] Al problema del sovraffollamento carcerario quale espressione delle politiche sociali, penali e penitenziarie è interamente dedicato il capitolo II del volume S. Talini, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 85-175, al quale si rinvia per ben più ampie considerazioni in argomento nonché in riferimento alla bibliografia richiamata.

[107] In questi termini G. M. Flick ha definito il fenomeno del sovraffollamento carcerario nel suo intervento conclusivo del corso "Diritti dei detenuti e Costituzione" – Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, 6 dicembre 2011. Il testo dell'inter-

In altri termini, guardando agli interventi in materia degli ultimi anni, è evidente come una responsabilità in ordine al permanere del grave problema del sovraffollamento carcerario – che nel corso dell'attuale emergenza sanitaria si manifesta in tutta la sua urgenza – gravi sulle maggioranze parlamentari negli ultimi decenni. Le ragioni del significativo processo di arresto nello sviluppo di una cultura costituzionale della pena sembrano cioè risiedere, almeno in larga misura, nella resistenza opposta dagli eterogenei legislatori nell'attuazione di scelte legislative aventi un forte impatto di sistema – anche sul versante culturale – mediante un radicale cambio di paradigma dell'assetto penale. Si pensi, su tutte, alla forza dirompente che avrebbe prodotto un cambiamento dell'architettura sanzionatoria se avesse trovato attuazione la delega contenuta nella legge n. 67 del 2014 la quale, consentendo al Governo di incidere sul catalogo delle pene edittali previste dall'art. 17 c.p.[108], avrebbe permesso un effettivo ingresso nell'impianto codicistico della pena detentiva non carceraria (reclusione o arresto presso l'abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza)[109].

vento, pubblicato sul sito *dirittopenitenziarioecostituzione.it* riprende, integra e approfondisce precedenti riflessioni sul tema della dignità, dei diritti inviolabili e della rieducazione nella realtà del carcere, svolte il 20 ottobre 2006 per il Coordinamento dei magistrati di sorveglianza, nonché il 29 novembre 2008 e il 20 novembre 2009 per il 41° e il 42° Convegno nazionale del SEAC (Coordinamento enti e associazioni volontariato penitenziario).

[108] L'art. 1 lett. a) della legge n. 67 del 2014 delegava il Governo «ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del sistema delle pene, con le modalità e nei termini previsti dai commi 2 e 3 e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che le pene principali siano l'ergastolo, la reclusione, la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, la multa e l'ammenda; prevedere che la reclusione e l'arresto domiciliari si espiano presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato «domicilio», con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie».

Parallelamente la seconda delega, contenuta nell'art. 2, consentiva al Governo la riforma della disciplina sanzionatoria in relazione ad alcuni reati con l'introduzione di sanzioni amministrative e civili. Centrale il principio in materia di abrogazione, con contestuale trasformazione in illecito amministrativo, del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato previsto dall'art. 10-*bis* del TUI, conservando rilievo penale solo le condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia (art. 2, terzo comma, lett. b) legge n. 67/2017).

[109] Autorevole dottrina ha qualificato l'inattuazione della legge delega n. 67 del 2014 come «la vera occasione mancata degli ultimi anni, essendo sin troppo evidente che una cosa è ragionare di pene alternative al carcere, altra di misure alternative alla

La resistenza all'adozione di scelte politiche coraggiose, aventi un forte impatto di sistema in termini di una strutturale riduzione della popolazione carceraria, ha trovato conferma anche nella più recente delega conferita al Governo, nel 2017, per la riforma dell'ordinamento penitenziario[110]. Il testo della legge – contrariamente alla delega inattuata del 2014 – non permetteva al delegato di incidere sul catalogo delle pene edittali previste dal codice penale, a dimostrazione che tale delegazione fosse ben lontana dal porsi, come invece avrebbe dovuto, quale seguito legislativo del vasto movimento culturale che ha trovato espressione nelle tante proposte di riforma redatte dai tavoli tematici degli Stati Generali sull'esecuzione penale anche in materia di riduzione numerica delle presenze in carcere.

Del resto, è noto come i decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario dell'ottobre 2018 non abbiano agito, come invece la predetta delega avrebbe consentito, sull'ampliamento dei confini delle misure alternative alla detenzione. Si ricorderà, a titolo meramente esemplificativo, che proprio in riferimento alla tutela del diritto alla salute, il delegato non abbia attuato il criterio riguardante l'estensione delle misure *extra moenia* nei confronti dei ristretti con gravi patologie psichiche.

A pochi mesi di distanza dalla riforma è intervenuta sul punto la Corte costituzionale la quale, con la sentenza n. 99 del 2019, ha esteso la possibilità di accedere alla misura alternativa della detenzione domiciliare (o in luogo esterno di cura) in favore di detenuti con una lunga pena ancora da scontare affetti da grave infermità

detenzione in sede di esecuzione. La scelta per la seconda via finisce per lasciare in piedi un sistema carcerocentrico, portando spesso con sé l'opzione (…) per l'inasprimento delle pene edittali (…), al fine di rispondere, nella ricerca di un equilibrio impossibile, alle pulsioni securitarie dell'opinione pubblica» (M. Ruotolo, *Introduzione* a M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, in questa Collana, Napoli, 2017, 9-10).

[110] Art. 1, comma 85, legge n. 103 del 2017.

Per una breve ma esaustiva sintesi dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario, in seguito attuata dai d.lgs. nn. 122,123 e 124 del 2018, v. A. Della Bella, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017, 251-253.

Uno studio sulle possibilità di attuazione dei criteri contenuti nella legge delega è contenuta nel volume G. Giostra-P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, 2017.

psichica sopravvenuta[111]. Pertanto, solo la via giurisprudenziale, ha aperto la strada ad alternative terapeutiche in certi casi fondamentali per consentire alla persona ristretta di affrontare disagi psichici non compatibili con la vita in istituto[112].

Le riflessioni sinora proposte consentono un'ultima osservazione conclusiva.

Gli assai esigui interventi di riforma adottati negli ultimi anni sulla popolazione detenuta, lungi dal rappresentare una ponderata presa di coscienza in ordine alla necessità di perpetrare l'ideale rieducativo potenziando sanzioni e misure *extra moenia* – soprattutto nei confronti di soggetti profondamente vulnerabili e de-socializzati –, rispondono unicamente a fragili logiche deflattive, spesso approvate al solo fine di evitare pesanti condanne sovranazionali[113]. Del resto, come osservato da autorevole dottrina, il perdurare del "protagonismo della pena carceraria" non discende, come in passato, dalle antiche esigenze di razionalità e scetticismo, ma in un «neo-retribuzionismo diffuso, che incanala (…) bisogni e impulsi vendicatori in una superiore istanza di giustizia compensativa. (…) Su questo humus sociale e ideal-sentimentale si innesta l'attuale po-

[111] Nel dettaglio il Giudice delle leggi ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (…), nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter».

A commento della decisione, v. M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost*., 2/2019.

[112] Così M. CAREDDA, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria,* in M. RUOTOLO - S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., 152.

Si rinvia a tale contributo anche per un'ampia analisi riguardante le perduranti criticità relative alla tutela della salute in carcere dopo i decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018.

[113] Si pensi, a titolo di esempio, all'introduzione ad opera del decreto-legge n. 146 del 2013 della liberazione anticipata speciale (art. 54 o.p.), istituto che ha prodotto i suoi effetti solo nel biennio successivo all'entrata in vigore della legge di conversione n. 10 del 21 febbraio 2014.

A dimostrarlo, inoltre, i numeri sempre crescenti delle presenze in carcere. Se a seguito della sentenza *Torreggiani c. Italia* della Corte EDU si era registrata una significativa diminuzione delle persone recluse, pochi mesi dopo i numeri hanno iniziano a risalire registrando, successivamente, un tendenziale costante incremento.

pulismo politico-legislativo, che non perde occasione per cercare di acquisire consensi appagando questi bisogni di "giustizia"»[114].

È in tale "protagonismo della pena carceraria" che affondano le radici le "smisurate" difficoltà emerse nel corso dell'emergenza sanitaria in carcere, sia in ordine alle scelte di natura gestionale e organizzativa che hanno tentato di porre un argine alla diffusione del contagio[115]; sia in riferimento agli strumenti volti a ridurre il rischio a cui viene costantemente sottoposta la salute di ogni recluso[116] e del personale penitenziario che in tale sistema è chiamato ogni giorno ad operare.

L'auspicio *pro futuro*, dunque, non può che essere unico e coincidente con quanto affermato dall'Autorità Garante la scorsa primavera: «gli strumenti recentemente introdotti in carcere non dovranno sparire al superamento dell'emergenza: al contrario, dovranno far capire come essi possano essere utilizzati (…). Anche perché lo sviluppo del presente e le espressioni nonché i linguaggi che il presente assume come propri non possono mai essere espunti da quei percorsi che dovrebbero preparare al futuro del ritorno. Un futuro svincolato dal presente che, come un elastico, vuole sempre tornare al passato è un futuro di non reinserimento possibile»[117].

[114] F.C. Palazzo, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 7. L'Autore individua la seconda ragione al perdurare della centralità della pena detentiva carceraria in una «forte esigenza di moralizzazione sociale avvertita in particolare di fronte alle varie manifestazione della corruzione e della criminalità degli affari: la "domanda di carcere" si alimenta dell'insofferenza verso la sopraffazione e l'arbitrio esercitato dalle varie "caste", anche a costo di dimenticare come molto spesso la pena carceraria è qui spesso destinata all'ineffettività» (7). Le possibili direttrici di riforma proposte dall'Autore sono tre: le misure alternative penitenziarie, le pene alternative non carcerarie e la giustizia riparativa (8-11).

[115] Si pensi alle enormi difficoltà nell'individuare spazi adeguati da destinare alla separazione dei detenuti che fanno ingresso dalla libertà o per isolare eventuali focolai epidemici all'interno degli istituti o, ancora, per dividere i detenuti con maggiori fragilità dal resto della popolazione ristretta.

[116] È stato osservato, sul punto, come le condizioni risultano «ancor più gravose e a maggiore rischio di contagio poiché insistono su persone il cui fisico e la cui psiche sono non di rado di età avanzata, affette da patologie e spesso debilitate dalla dipendenza e da quegli stati di marginalità sociale che non di rado si accompagnano alla detenzione» (A. Lorenzetti, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, op. cit., 61).

[117] Bollettino n. 33 del 22 maggio 2020, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*.

Giuliano Serges

# *L'emergenza nel diritto pubblico. Una breve introduzione**

SOMMARIO: 1. Premessa: la banalizzazione dell'emergenza e la moltiplicazione delle urgenze – 2. I "caratteri costitutivi" dell'emergenza e la pandemia di Covid-19 – 3. Urgenza e Costituzione italiana – 4. Urgenza, emergenza ed eccezione – 5. Limiti ai poteri d'emergenza: la necessità.

## 1. *Premessa: la banalizzazione dell'emergenza e la moltiplicazione delle urgenze*

Mi sono chiesto per quale motivo il Professor Ruotolo, in questo incontro dedicato alla gestione dell'emergenza sanitaria nell'esecuzione penale, mi abbia chiesto di tenere un intervento introduttivo sui profili generali dell'emergenza nel diritto pubblico italiano e, dunque, su di un tema che non riguarda specificamente né l'esecuzione penale, né l'emergenza sanitaria (anche se, rispetto a quest'ultima, sta in qualche modo "a monte").

Sicuramente lo ha fatto per coinvolgermi in questa bella iniziativa, cosa di cui gli sono particolarmente grato. Ma forse – mi sono detto – c'è (o quantomeno spero che ci sia) un altro motivo, se non persino due.

* Il contributo riproduce, senza modifiche, il testo dell'intervento tenuto dall'autore in occasione della Giornata conclusiva della VII edizione del Master di II livello in Diritto penitenziario e Costituzione. Per tale motivo esso è quasi del tutto privo di apparato bibliografico e di approfondimenti a piè di pagina. Per una più puntuale analisi della tematica sia allora consentito rinviare a GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020.

Il primo motivo risiede in una mia passione per lo studio dell'origine e del significato delle "parole del diritto", per la ricerca delle definizioni dei concetti e delle nozioni utilizzati in àmbito giuridico. Ecco, nei confronti dell'emergenza mi pare che si ponga in modo straordinariamente pressante un'esigenza di, diciamo così, "igiene concettuale", di "dare bene un nome alle cose"[1]. È proprio nell'àmbito del c.d. "diritto dell'emergenza", infatti, che la "banalizzazione semantica" delle parole emergenza, urgenza e similari (si pensi al termine "crisi") è all'ordine del giorno e – volendo parafrasare Francisco Goya – genera mostri, come il sonno della ragione.

Qualche tempo fa – verso la fine del 2018 – avevo fatto una ricerca sull'uso della parola "urgenza" nelle denominazioni dei disegni di legge allora depositati al Senato. E inserendo nel motore di ricerca del sito *internet* del Senato la parola "urgenti", mi era uscita fuori una lista interminabile di risultati, tra i quali vi erano leggi intitolate «*Misure urgenti per il completamento della cartografia geologica d'Italia*»; «*Disposizioni urgenti per la tutela dei cittadini*» (un po' generico…)*; «Disposizioni urgenti per la salvaguardia delle colture di agrumi*»; ecc.

Ora, ovviamente quasi nessuno di questi progetti di legge è poi diventato legge. Ma è comunque significativo osservare come la parola "urgenza" venga intesa nel gergo parlamentare. Mi pare infatti evidente che il termine "urgenza" viene riguardato quale lemma privo di un significato specifico, la cui unica funzione è quella "rafforzativa", nel senso che serve esclusivamente a segnalare la particolare importanza (spesso unicamente elettorale) che, secondo il redattore, riveste un determinato progetto di legge.

[1] Queste due espressioni – "igiene concettuale" e "dare bene un nome alle cose" – sono una citazione di, e al contempo un omaggio a, uno dei ben più autorevoli relatori che parleranno dopo di me (Mauro Palma) il quale, nella postfazione al libro "*La tortura in Italia*" (scritto da un altro dei nostri autorevoli relatori, Patrizio Gonnella), si soffermava sulla necessità di compiere un'operazione culturale di pulizia semantica, al fine di evitare che la mancata, preliminare definizione di parole usate nel contesto giuridico possa determinare l'insorgere di abusi. È ciò che avviene – riprendo ancora una volta le parole di Mauro Palma – quando, anziché di "tortura", si parla di «situazioni "sfuggite di mano"»; anziché di "razzismo" si parla di generica "intolleranza"; anziché di "trattamenti inumani" si parla di condizioni "difficili o critiche".

Altrettanto evidente – ed è quasi scontato dirlo – è la "banalizzazione" dell'urgenza da parte del potere esecutivo: basti vedere come l'espressione "casi straordinarî di necessità e urgenza" contenuta nell'articolo 77 della Costituzione (con riferimento quindi ai decreti-legge) sia stata regolarmente adoprata come mera clausola di stile da usarsi come ornamento di qualunque decreto il Governo ritenga debba ritenersi "prioritario".

Al fenomeno della banalizzazione dell'urgenza si aggiunge, poi, quello della moltiplicazione delle emergenze. Quante volte abbiamo sentito parlare di emergenza economica, emergenza migranti, emergenza lavoro e, ovviamente, le immancabili emergenza caldo (d'estate) e emergenza neve (d'inverno)?

Tra le "emergenze infinite" – riprendo qui un'espressione di Andrea Simoncini[2] – c'è anche, naturalmente, la "emergenza carceri", espressione con la quale ci si riferisce, nella maggior parte dei casi, alla problematica del c.d. sovraffollamento (che l'uditorio di oggi, essendo alla fine di un percorso di *Master* nel quale questi temi sono stati ampiamente sviscerati, certo ben conosce). Ma, ultimamente, si parla di "emergenza carceri" anche con riferimento alle problematiche legate alla diffusione del Sars-CoV-2 e della Covid-19 all'interno degli istituti penitenziarî[3].

Ma – ed è questo il punto – è corretto parlare in entrambi i casi (sovraffollamento e pandemia) di "emergenza"?

Sul tema si è scritto molto.

Nel 1985, ad esempio, Umberto Curi coglieva alla perfezione il problema. Cito le parole dell'Autore:

> «Abbiamo avuto … l'emergenza economica e quella energetica, l'emergenza casa e quella droga, l'emergenza monetaria e quella demografica, per finire – ma solo provvisoriamente – con le grottesche polemiche scatenate dall'emergenza neve. Dall'abuso grammaticale all'abuso politico, il passo si è rivelato drammaticamente breve: il ri-

[2] A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

[3] Ben descritte da A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, e C. STORACE, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020.

> corso indebito e generalizzato alla nozione di emergenza per la qualificazione di qualsiasi fenomeno "critico", anche di semplice mutamento fisiologico, ovvero tale da mettere in discussione i rapporti di forza interni al sistema politico, da un lato ha indebolita la risposta specificamente "tecnica" ad alcune questioni connesse con gli accelerati processi di trasformazione in corso, e dall'altro è servito come espediente tutto "politico" per rideterminare … surrettiziamente, le reciproche relazioni tra i poteri previsti dall'ordinamento costituzionale»[4].

Ora, come scriveva proprio Curi nell'85, «l'emergenza può costituirsi solo in rapporto ad altro […]; il che significa che non si dà emergenza come condizione "assoluta", né tanto meno come situazione "oggettiva", ma solo ed unicamente come presentarsi inatteso e transitorio di una a-normalità»[5].

## 2. *I "caratteri costitutivi" dell'emergenza e la pandemia di Covid-19*

Ecco, sicuramente la pandemia di Covid-19 costituisce una emergenza ai sensi di questa definizione che ho appena letto e che mi sento, in linea di massima, di condividere (con qualche precisazione che farò più in là). La "emergenza Covid" infatti:

> a) costituisce una *a-normalità*, nel senso che nella "normalità" che conoscevamo fino a pochi mesi fa non esisteva una malattia chiamata Covid-19, e quello che oggi chiamiamo Sars-CoV-2 era un coronavirus che infestava i pipistrelli ma non interessava il genere umano. Non vi era nessuna pandemia in atto nel mondo. Il "salto di specie", la diffusione del virus a livello globale e la conseguente pandemia costituiscono dunque un evento "a-normale", cioè "eccezionale";
> b) è sussistente anche il requisito della "inattendibilità", cioè della "straordinarietà", perché anche se gli specialisti della materia da anni dicevano che un giorno una nuova malattia avrebbe potuto affliggere il genere umano con una pandemia di dimensioni globali, nessuno sapeva, né poteva sapere con esattezza, quando, come e perché ciò si sarebbe prodotto;

[4] U. Curi, *Il falegname e la norma*, in *Antigone. Bimestrale di critica dell'emergenza*, n. 3-4/1985, 49-50.

[5] Ivi, 49.

c) da ultimo, vi è anche il requisito della "transitorietà", e quindi della "provvisorietà".

Su quest'ultimo punto, però, occorre soffermarsi un attimo, perché esso è forse quello più "controverso" e, pertanto, rappresenta, in qualche modo, il principale *punctum dolens* di qualunque discorso generale voglia farsi sul tema dell'emergenza.

Che cos'è ad essere "transitorio"? Il virus? Ma il virus non è per nulla transitorio: esso pre-esisteva al "salto di specie", e oramai si è adattato al genere umano, essendo destinato a restare, tendenzialmente, per sempre. Poi, certo, può succedere che si scopra un vaccino e che lo si debelli, ma non vi è alcuna certezza né che ciò avverrà, né sul quando ciò avverrà. Così come – alcuni specialisti lo suggeriscono – può succedere che il virus muti e si trasformi in un poco offensivo virus del raffreddore, com'è successo in passato ad altri coronavirus, ma questo – quand'anche succedesse, e non ne abbiamo alcuna certezza – non significherebbe affatto che il virus è scomparso.

Perciò, a meno che non avvenga qualcosa – che potrebbe anche non avvenire mai – che muti, diciamo così, la direzione della storia, la convivenza del genere umano con il Sars-CoV-2 deve considerarsi tutt'altro che transitoria o provvisoria, bensì cronica: essa costituirà, e in qualche modo già costituisce, la nostra nuova "normalità".

Ad essere transitoria, allora, non è la convivenza con il virus; e pertanto, non è il virus in sé a costituire un'emergenza. La transitorietà è, invece, relativa a quel periodo di transizione[6] tra la "vecchia" normalità e la "nuova" normalità, quando il fatto eccezionale e straordinario *emerge*[7] e occorre adottare delle misure – anch'esse, per traslazione, straordinarie, eccezionali e provvisorie – al fine di evitare che l'evento produca delle conseguenze non volute e irreversibili causate, diciamo così, dall'"effetto sorpresa", cioè causate dal fatto che nessuno si aspettava che la "vecchia" normalità fosse stravolta e che quindi non si erano approntate delle misure volte ad evitare il prodursi di effetti "costituzionalmente" – e sottolineo *costituzionalmente* – indesiderati (poi tornerò sul punto).

[6] Non a caso "transitorio" e "transizione" hanno la stessa radice!

[7] Non si dimentichi che la parola emergenza costituisce, in origine, un allomorfo, cioè una variante morfologica, della parola "emersione".

Ecco, dunque, che la "emergenza coronavirus" non risiede nel fatto che sia avvenuto il "salto di specie" e che esso abbia avuto come conseguenza una pandemia, ma nel fatto che quando ci si è accorti che il virus si era diffuso, che non c'erano abbastanza posti in terapia intensiva, che non c'era abbastanza personale sanitario, che non c'erano abbastanza mascherine, che non c'era abbastanza disinfettante per mani, che non c'erano piani adeguati sulle misure di prevenzione e sanificazione da osservare nei posti di lavoro e nei luoghi aperti al pubblico, che non c'erano terapie o vaccini sperimentati ed efficaci e che quindi, se non si fossero adottate immediatamente misure straordinarie ed eccezionali, la popolazione si sarebbe ben presto decimata a causa delle morti o, comunque, avrebbe sofferto molto a causa della malattia… beh, si è fatta l'unica cosa che si poteva fare *in quel momento* per evitare che tale "effetto indesiderato" si producesse: prendere tempo; chiudere tutto, far desaturare le terapie intensive e nel contempo pensare a come riorganizzare la società per prepararla ad affrontare questa "nuova normalità" in modo adeguato; si è posto in essere, insomma, quello che secondo l'Accademia della Crusca dovrebbe chiamarsi "confinamento" (e che invece noi – unico popolo di lingua neo-latina – abbiamo deciso di chiamare *lockdown*).

Si è, insomma, deciso di limitare *per un periodo di tempo limitato* alcune libertà (*in primis* la libertà di circolazione), per evitare un eccessivo ed irrimediabile sacrificio dell'unico diritto che la Costituzione italiana qualifica espressamente come "fondamentale": il diritto alla salute. Finito questo periodo di transizione e riorganizzata la società per la nuova normalità, l'emergenza propriamente detta deve considerarsi cessata.

Ed ecco, allora, il secondo punto per il quale può forse valere la pena di far un'introduzione sull'emergenza in generale in un incontro come quello odierno. Qualunque "emergenza" comporta, nel limitato periodo in cui essa sussiste, un diverso equilibrio nei reciproci rapporti tra principî, diritti, interessi e poteri previsti dalla Costituzione. E si pone sempre il problema di quali siano gli assetti costituzionalmente consentiti e quali invece siano quelli costituzionalmente vietati. Ragionare sull'emergenza in generale, dunque, può essere utile per fornire qualche "punto cardinale" utile per orientarsi in una materia così complessa.

Ora, naturalmente io non potrò sviscerare compiutamente queste tematiche, che richiederebbero forse un intero *master* ad esse dedicato. Ma posso provare a fornire qualche spunto di riflessione che, auspicabilmente, possa poi essere utile per il dibattito.

## 3. *Urgenza e Costituzione italiana*

Innanzitutto, va detto che la parola "emergenza" ha trovato, nel nostro diritto pubblico e costituzionale, un'accoglienza relativamente recente, che risale al secondo dopoguerra. Nella tradizione giuridica neo-latina, infatti, esiste esclusivamente la parola "urgenza", tanto che i francesi parlano di *état d'urgence*, stato d'urgenza, e non di "stato d'emergenza", perché la parola "emergenza", *émergence*, viene usata (com'era anche da noi fino a non moltissimo tempo fa) solamente con il suo significato primordiale di "emersione".

La parola "emergenza", nel senso di "urgenza", si diffonde nel nostro linguaggio giuridico soprattutto a traverso il diritto internazionale – e in ispecie il diritto internazionale umanitario – come calco semantico della parola *emergency*.

Nella nostra Costituzione, scritta in tempi in cui il termine "emergenza" – nel senso che oggi tutti conosciamo – non aveva ancora avuto una grande diffusione, la parola *emergenza* non compare mai. Compare invece, e più volte, il termine "urgenza".

La nostra è una Costituzione *densa di urgenze*. Tanto per fare qualche confronto meramente quantitativo, nella Costituzione francese il termine "urgenza" compare solo due volte; in quella spagnola, quattro, ma tre sono nello stesso articolo e quindi valgono per una; in quella italiana, cinque, anzi sei:

a) all'articolo 13 (inviolabilità della libertà personale): «in casi eccezionali di necessità ed urgenza … l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori». Si tratta di un articolo che chi ha frequentato questo *Master* conosce a memoria, assieme all'articolo 27, e sul quale è dunque inutile soffermarsi;
b) all'articolo 14, sull'inviolabilità del domicilio, nel quale è contenuto un rinvio esplicito all'articolo precedente e che quindi, implicitamente, prevede la medesima "clausola urgenziale";

c) all'articolo 21, sulla libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di stampa: «quando vi è assoluta urgenza e non è possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria»;
d) all'articolo 72, sul procedimento legislativo: «il regolamento stabilisce procedimenti abbreviati per i disegni di legge dei quali è dichiarata l'urgenza»;
e) all'articolo 73, sulla promulgazione delle leggi: «se le Camere, ciascuna a maggioranza assoluta dei propri componenti, dichiarano l'urgenza, la legge è promulgata nel termine da esse stabilito»;
f) da ultimo, all'articolo 77, sulla decretazione d'urgenza: «in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge».

Si noti come nella maggior parte di queste disposizioni (cioè in tutte, tranne negli articoli 72 e 73) siano ben identificabili i tre "fattori" che ho prima enumerato: la straordinarietà (l'articolo 77 fa riferimento a "casi straordinarî"); la eccezionalità (l'art. 13 fa riferimento a "casi eccezionali"); la provvisorietà (sia nell'articolo 13 che nel 77 si fa riferimento a "provvedimenti provvisori").

A questo gruppo di "disposizioni urgenziali" si aggiunge poi un secondo gruppo, che io chiamerei – per motivi che dirò tra un attimo – di "disposizioni emergenziali". In questo gruppo io collocherei:

a) l'articolo 16 – peraltro balzato all'onore delle cronache proprio a seguito della pandemia di Covid-19 – nella parte in cui prevede la possibilità di limitare, con legge e in via generale, la libertà di circolazione e di soggiorno «per motivi di sanità o di sicurezza», che ben possono risiedere in una emergenza (è per l'appunto il caso di una pandemia);
b) l'articolo 17 – per motivi in buona misura analoghi a quelli appena sottolineati nei confronti dell'articolo 16 – nella parte in cui prevede che le autorità possano vietare le riunioni in luogo pubblico «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica»;
c) l'articolo 76, perché, storicamente, tra le funzioni specifiche della decretazione legislativa delegata – come peraltro emerge in modo cristallino anche dal dibattito in Assemblea costituente – vi è anche quella di conferire al Governo i poteri legislativi necessarî per gestire situazioni di emergenza, vincolandolo però al rispetto dell'oggetto,

dei tempi – la provvisorietà – e dei principî e dei criterî direttivi indicati dal Parlamento;
d) l'articolo 78, ovviamente: «le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari»;
e) l'articolo 81, nella parte in cui consente il ricorso all'indebitamento «al verificarsi di eventi eccezionali»;
f) l'articolo 120, nella parte in cui si prevede che il Governo possa sostituirsi agli organi degli enti locali in caso «di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica»;
g) l'articolo 126, laddove si prevede possano essere disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta «che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge», ovvero «per ragioni di sicurezza nazionale»;
h) l'ultimo comma della VIII disposizione transitoria, laddove si prevede che per la formazione dei loro uffici le Regioni devono trarre il proprio personale da quello dello Stato e degli enti locali «tranne che in casi di necessità».

Ora, tra questi due gruppi di disposizioni, vi sono alcune differenze.

Innanzitutto, la più ovvia: nel primo gruppo si fa esplicito riferimento all'urgenza, nel secondo no.

In secondo luogo, nel primo gruppo l'urgenza è sempre riferita a circostanze in cui il "fattore tempo" è, in qualche misura, quantificabile, sia pure in modo più o meno approssimativo: si pensi all'articolo 73, ove il "termine ridotto" per la promulgazione è sicuramente inferiore a trenta giorni; o all'articolo 77, in cui si fa riferimento a fattispecie urgenti che richiedono una risposta legislativa in un tempo inferiore a quello che richiederebbe una legge ordinaria; o ancora agli articoli 13, 14 e 21, ove l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza è consentito quando non è possibile quello "tempestivo" dell'autorità giudiziaria. Lo stesso non avviene nel caso del secondo gruppo di disposizioni, in cui il "fattore tempo" è senz'altro più difficilmente quantificabile (si pensi – tanto per dirne una – all'articolo 78: le Camere deliberano lo stato di guerra. Quando? Entro quanto? A partire da quando? Non si sa).

In terzo luogo, nelle ipotesi previste dal primo gruppo, l'effetto prodotto dalla attivazione dei poteri d'urgenza è sempre predeterminato: in un caso si autorizza l'autorità di pubblica sicurezza a fare ciò

che, di norma, spetterebbe all'autorità giudiziaria, a condizione che il provvedimento sia convalidato entro un *tot* di ore; in un altro si autorizza il Governo ad adottare atti con forza di legge, che devono essere convertiti entro sessanta giorni a pena di decadenza *ex tunc*; in un altro si autorizza il Parlamento ad abbreviare il termine per la promulgazione delle leggi; ecc. Nel secondo gruppo, tutto è lasciato nella vaghezza (ad eccezione della "clausola urgenziale" contenuta nell'articolo 81 – quella sul ricorso all'indebitamento – che però, essendo stata aggiunta nel 2012, sconta l'uso di una tecnica redazionale diversa e, purtroppo, meno sorvegliata). Si dice "al governo sono conferiti i 'poteri necessarî'"; ma quali sono questi poteri? Si dice: "il Governo può sostituirsi agli enti locali"; sì, ma per fare cosa? E in che modo?

Da ultimo, e più in generale, mi pare che quelle che ho definito "disposizioni urgenziali" siano tutte legate, in qualche modo, ad ipotesi in cui le circostanze richiedono un intervento *ad horas* (c'è stato un terremoto, ci sono gli sfollati all'addiaccio, ho bisogno di un atto di rango legislativo che mi metta in condizioni d'intervenire in ventiquattro ore; per fare una legge ci vuole più tempo, e quindi adotto un decreto-legge). Mentre quelle che ho definito "disposizioni emergenziali" – e ora si capirà perché – fanno riferimento, piuttosto, ad uno "stato di cose" che, per un certo periodo di tempo, richiede che si adotti un assetto ordinamentale anomalo il cui contenuto è tuttavia impossibile da stabilire preventivamente in modo generale: varia caso per caso, a seconda delle esigenze.

## 4. *Urgenza, emergenza ed eccezione*

Ecco, se è vero che "emergenza" è un calco semantico dall'inglese che si è affiancato alla parola "urgenza", è anche vero che, nel tempo, l'emergenza ha trovato un suo specifico significato, divenendo descrittiva di un'ipotesi particolare di urgenza: quella dello "stato" d'urgenza, che non a caso, in italiano, viene oramai sempre chiamato "stato d'emergenza". Sicché la parola "urgenza", intesa in senso stretto, e quella "emergenza", intesa nel senso appena detto, indicano ormai due distinte ipotesi di urgenza intesa in senso ampio: la prima, associata, in qualche modo, ad una "sca-

denza", ad un "termine perentorio" per il cui rispetto è necessario derogare *per una volta* ad una regola; la seconda, associata invece al concetto di "stato di cose".

E i due gruppi di disposizioni corrispondono, per l'appunto, a queste due diverse accezioni dell'urgenza (che resta, comunque, una nozione unitaria, quando intesa in senso ampio). Che cos'è lo "stato di guerra", se non uno "stato emergenziale"?

È chiaro che queste due diverse declinazioni dell'urgenza, pur essendo entrambe rispondenti ai tre presupposti prima elencati – eccezionalità, straordinarietà, provvisorietà – sono ad essi diversamente connesse. Ad esempio, la "provvisorietà" dell'urgenza in senso stretto non è la stessa dell'emergenza, perché la prima si esaurisce in un tempo predeterminabile, la seconda si esaurisce con il "cessato pericolo".

Ma, soprattutto, le due diverse urgenze – l'urgenza in senso stretto e l'emergenza – corrispondono a funzioni diverse, e quindi costituiscono il presupposto di poteri diversi con limitazioni diverse.

L'atto urgente – pensiamo al decreto-legge – serve a far fronte a quello che prima ho chiamato "effetto sorpresa", quando l'evento straordinario si presenta e bisogna agire immediatamente, con soluzioni anche molto drastiche (il confinamento), al fine di evitare il peggio. Al di fuori di questa ipotesi, però, l'atto urgente – al quale è concessa una deroga molto incisiva all'ordinario assetto costituzionale – non può essere adottato (o, meglio, non dovrebbe poterlo essere). Tanto che, se i decreti-legge adottati ad inizio pandemia per imporre il confinamento possono essere giustificati perché *in quel momento* era richiesto d'intervenire *ad horas*, se il Governo – anziché presentare un progetto di legge (eventualmente anche di delega) sullo stato di emergenza sanitaria (come ad esempio è stato fatto in Francia[8]) – continuasse a gestire le fasi successive "a colpi di decreto-legge" (e di D.P.C.M.), secondo me qualche problema di legittimità si comincerebbe a porre.

[8] *Loi d'urgence* n° 2020-290 del 23 marzo 2020 «*pour faire face à l'*épidémie *de covid-19*», che introduce uno "stato d'emergenza sanitaria" all'interno del *Code de la santé publique*.

Lo "stato di emergenza", invece, non necessariamente viene attivato per evitare il prodursi di un pericolo imminente, da scongiurare *ad horas*; anzi, nella maggior parte dei casi esso ha uno scopo preventivo: serve ad evitare, a traverso alcune limitazioni (relativamente) minime dei diritti e delle libertà, che si verifichi una situazione di urgenza in senso stretto, e che quindi si debba intervenire *ad horas* con soluzioni molto limitative dei diritti e delle libertà.

Lo "stato di emergenza" è quello che stiamo vivendo noi oggi: obbligo di mascherine al chiuso, distanziamento interpersonale, convegni e seminari a distanza… tutte limitazioni che ovviamente – specie dopo tutti questi mesi – ci sembrano (e sono) molto "pesanti", ma che servono ad evitare che si debba ricorrere un'altra volta alla *ben più pesante* soluzione del confinamento.

Per questo motivo è democraticamente tollerato che lo "stato di emergenza" si protragga anche una volta che l'emergenza in senso stretto è cessata (purché non sia per sempre): perché serve ad evitare che l'emergenza si riproduca, non essendo cessato il pericolo; perché le limitazioni sono minime (nella misura del possibile) e perché esse servono ad evitare delle limitazioni più drastiche.

Questo è, mi pare, l'unico modo di poter coniugare una legislazione d'emergenza con i principî del costituzionalismo democratico, vale a dire la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti. L'alternativa – a mio avviso incompatibile con i nostri ordinamenti – è lo "stato d'eccezione", «il terribile stato d'eccezione nel quale tutti i leggeri legamenti dei materiali giuridici si consumano»[9], uno stato, cioè, di sospensione dell'ordinamento democratico in cui, in nome dell'emergenza, la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti vengono messe da parte, per essere ritrovate chissà quando, chissà come, forse mai.

## 5. *Limiti ai poteri d'emergenza: la necessità*

Ed arriviamo allora al secondo ed ultimo punto del mio intervento: i "limiti" dell'emergenza.

[9] M. La Torre, *"Giuristi cattivi cristiani". Tortura e principio di legalità, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, n. 36, tomo II, 1335.

Ora, le cose che possono dirsi su questo tema in modo generale sono davvero pochissime, perché i "limiti" debbono sempre essere valutati *in concreto*, con riferimento al singolo istituto emergenziale e alla singola fattispecie urgente.

Una prima cosa che si può dire è questa: la "deroga" alle ordinarie regole democratiche può essere concessa solo a fronte di *vere* emergenze, quelle, cioè, che rispondono ai tre requisiti della straordinarietà, della eccezionalità e della provvisorietà. Il sovraffollamento carcerario, ad esempio, *non è* una vera emergenza.

Attenzione: non sto dicendo che non sia un problema gravissimo. Ma credo che tutti quanti siamo ben consapevoli del fatto esso che sia un problema cronico dei nostri istituti penitenziarî, dovuto, secondo alcuni (che secondo me sbagliano) al fatto che ci sono poche carceri, secondo altri (che secondo me ci "azzeccano") ad un'impostatura legislativa – e non solo legislativa – di tipo, come si suol dire, "carcerocentrico". Quando la situazione diventa insostenibile si fanno leggi di amnistia e indulto, si libera un po' di spazio, ma non si risolve certo il problema, che è destinato a riproporsi tale e quale nel giro di poco tempo. Non c'è dunque nulla di eccezionale, o straordinario, o provvisorio, e quindi nulla che potrebbe giustificare una legislazione d'emergenza.

O meglio… nulla, tranne una pandemia. È ovvio che quando una pandemia come quella da Covid-19 richieda, ad esempio, il rispetto del c.d. "distanziamento sociale", provvedimenti di tipo emergenziale possono essere adottati anche per risolvere problemi legati al sovraffollamento negli istituti di pena, nella misura in cui esso non consente il rispetto della distanza interpersonale.

Secondo punto: abbiamo detto che deve trattarsi di una *vera* emergenza. Ma basta questo, affinché si possa ritenere legittima una legislazione d'emergenza? La risposta ovviamente è no. Ho parlato prima della necessità di evitare "effetti costituzionalmente indesiderati", insistendo sul termine "costituzionalmente". Ecco, ogni provvedimento urgente ed ogni legislazione d'emergenza, deve poggiare su due fattori: l'urgenza (che corrisponde al "fattore tempo") e la necessità (che corrisponde al "fattore bisogno"). Questi due fattori sono esplicitati in almeno tre articoli della Costituzione: il 13 (e quindi il 14), ove si parla di "casi eccezionali di

necessità ed urgenza"; e il 77, ove si parla di "casi straordinarî di necessità e urgenza".

Tralasciando qui il "fattore tempo", del quale, in qualche modo, abbiamo già parlato, concentriamoci invece sul "fattore bisogno", cioè sulla necessità. Quali sono le "necessità", i "bisogni" che giustificano una legislazione d'emergenza o un atto urgente?

Beh, intanto deve trattarsi di necessità *costituzionalmente qualificate*: salvaguardia del diritto alla salute, salvaguardia del diritto a non subire tortura, salvaguardia del diritto ad una pena risocializzante e non disumana, ecc. Ma non basta che la necessità sia costituzionalmente qualificata; anche perché, in un ordinamento a Costituzione rigida e provvisto di un controllo di costituzionalità delle leggi, qualunque legge deve poter essere riconducibile ad una necessità costituzionalmente qualificata, perché se invece rispondesse ad una necessità *contra constitutionem* sarebbe illegittima. Affinché possa adottarsi un provvedimento emergenziale è necessario che la necessità sia anch'essa "straordinaria" o "eccezionale". Che cosa significa? Significa che ci si deve trovare in una circostanza tale per cui il mancato intervento emergenziale, determinerebbe la compressione totale – o comunque ben oltre il "nucleo duro" e "irriducibile" – di un diritto costituzionalmente garantito. Deve trattarsi, insomma, di un intervento emergenziale che limita, sì, il godimento di taluni diritti costituzionalmente garantiti, ma al solo scopo di evitare il prodursi di una *situazione di maggiore incostituzionalità*.

Quando ci si trova in una situazione in cui il numero dei bisognosi di ricovero in terapia intensiva è superiore al numero dei posti disponibili in terapia intensiva, il risultato è la totale compressione – per tutti quelli che non trovano posto – del diritto alle cure sancito dall'articolo 32; evitare che un tale evento si produca costituisce dunque, innegabilmente, una necessità straordinaria.

Da ultimo, quanto ai limiti propriamente detti, mi fa piacere riportare una frase che Gaetano Silvestri ha pronunziato proprio in occasione di una giornata conclusiva del nostro *master* in Diritto penitenziario e Costituzione che si è svolta all'interno della Sala Teatro di "Rebibbia Nuovo Complesso":

> «La posizione suprema della dignità in un ordinamento costituzionale pluralista, in cui non è possibile stabilire una gerarchia tra i diritti fondamentali […] conduce alla conseguenza che essa non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento, in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i princìpi e di tutti i diritti, oltre che, naturalmente, di tutte le forme di esercizio dell'autorità»[10].

Ecco, a queste incisive parole – il cui contenuto, ovviamente, non posso che condividere (la dignità non è bilanciabile nel nostro ordinamento) – farei però una "glossa". Se io dovessi indicare una "bilancia" del nostro ordinamento costituzionale, forse la individuerei non tanto nella dignità umana (che peraltro è un concetto difficilmente "oggettivabile"), quanto nel principio di eguaglianza, che secondo me è veramente il perno attorno al quale ruota tutto il nostro sistema costituzionale.

Il che ovviamente comporta *anche* l'impossibilità di bilanciare la dignità umana, perché ogni violazione della dignità umana ha per conseguenza quella della riduzione di un essere umano a cosa, a *res*, venendo così a crearsi una inaccettabile discriminazione tra esseri umani *persone* ed esseri umani *oggetto*. Sì che, ad esempio, in nessun caso può tollerarsi – come era stato proposto negli Stati Uniti d'America dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 – l'uso della tortura, quale che sia l'emergenza. Perché la tortura è un istituto ontologicamente antidemocratico, che produce sempre una degradazione dell'uomo a *res*. Se si tollerasse la tortura, non si starebbe più in uno stato di emergenza, ma in uno stato di eccezione, al di fuori di qualunque logica democratica.

Ma dal principio di eguaglianza si possono ricavare molte altre cose, oltre al rispetto della dignità umana. Ad esempio il canone della ragionevolezza, dal quale promanano i principî di proporzionalità e adeguatezza che devono sempre ispirare qualunque provvedimento emergenziale: la deroga alle ordinarie regole deve essere proporzionata ed adeguata rispetto al conseguimento di quella "straordinaria necessità" che giustifica l'atto urgente o la legislazione d'emergenza.

[10] G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 177.

E, infine, deve essere tenuto in considerazione il "fattore tempo", anch'esso riconducibile al principio di eguaglianza: situazioni eguali devono essere trattate in modo eguale, situazione diverse devono essere trattate in modo diverso. Questo adagio non trova applicazione solo in maniera sincronica, ma anche diacronica: più lontana è nel tempo l'emergenza, meno ampia deve essere la deroga, fino a scomparire del tutto. Perché ogni emergenza – lo abbiamo detto – è, per definizione, provvisoria.

Ecco, io non so se sono riuscito a fornire – riprendendo l'espressione utilizzata nella prima parte dell'intervento – dei "punti cardinali" sull'emergenza nel diritto pubblico. Ma spero di aver individuato quantomeno la "bussola", che è, per l'appunto, il principio di eguaglianza, al quale ogni emergenza e ogni conseguente provvedimento devono sempre essere rapportati.

Patrizio Gonnella

# *La pena vista e decostruita attraverso le lenti del diritto alla salute*

SOMMARIO: 1. La pena e il suo scopo: non una, ma tante definizioni possibili – 2. La salute: definizione positiva e dinamica – 3. Trasformare la vita in carcere a partire dalla salute – 4. Il medico quale avamposto della lotta alla tortura – 5. La salute psichica è anch'essa salute – 6. La salute e la depenalizzazione – 7. Infine, il carcere è patologico in sé?

## 1. *La pena e il suo scopo: non una, ma tante definizioni possibili*

Esistono tante definizioni di scopo della pena quanti sono i punti di vista proposti dalle differenti discipline di studio. Nell'ambito delle scienze umane, giuristi e sociologi non propongono, ad esempio, la stessa definizione. Le discipline non sempre dialogano volentieri tra loro, vittime delle gabbie auto-referenziali che purtroppo ne condizionano le potenzialità epistemologiche. Un approccio multi-disciplinare aiuta, invece, a definire meglio il campo di ricerca, senza essere vittime delle proprie costrizioni dogmatiche. Affidare il tema della pena ai soli giuristi, l'analisi di contesto ai soli sociologi e il campo della salute ai soli medici, senza far dialogare i punti di vista e le diverse scienze, costituisce un errore investigativo che porta a conclusioni stereotipate. Il *cross-over* delle tre differenti visioni, nonché delle diverse potenzialità di indagine conoscitiva, può favorire un'adeguata ed efficace ricostruzione semantica. Dunque, studiosi del diritto positivo, delle scienze sociali e della medicina posso insieme costruire uno statuto concreto dei diritti delle persone detenute a partire dal diritto alla salute, senza farsi affliggere da eccessi di attenzione speculativa agli scopi della pena.

Tautologicamente, lo scopo della pena per i giuristi consiste nello scopo che la legge attribuisce alla pena. L'ermeneutica giurisprudenziale, affidata alla Corte costituzionale, ha però nel tempo dilatato i confini delle norme, meglio specificato il senso della rieducazione[1], nonché superato gli arcaismi retributivi della dottrina novecentesca, così archiviando le tesi di Alfredo Rocco, scolpite nella Relazione introduttiva al codice Penale del 1930[2]. L'occupazione del campo giuridico da parte della cultura costituzionale della pena ha nel tempo efficacemente ridotto lo spazio pubblico di chi ha sostenuto che il dover essere della pena carceraria fosse prioritariamente quello general preventivo, special preventivo o classicamente retributivo[3]. Tutto ciò è accaduto nella probabile consapevolezza, tipica di chi è immerso nello studio (con risvolti necessariamente storici e politici) della Costituzione, che le norme in essa presenti (si pensi agli articoli 13 e 27) portano il sangue e la vita di chi aveva subito l'esperienza della repressione negli anni '20, '30 e '40.

[1] Una dilatazione interpretativa voluta dalla Corte costituzionale nel nome della necessaria individualizzazione della pena (sentenza n. 255 del 2006). Ogni standardizzazione punitiva sarebbe, infatti, in conflitto con l'articolo 27, terzo comma, della Costituzione.

[2] Codice Penale, Regio Decreto 19 ottobre 1930, Relazione del ministro Guardasigilli Alfredo Rocco, Gazzetta Ufficiale, 4451: «Delle varie funzioni, che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione così detta satisfattoria, che è anche essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione, che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie, causa gravissima di disordini e occasione di nuovi delitti. Sotto questo punto di vista, nessuna pena ha l'efficacia della pena di morte, nessuna intimidisce di più, sia nel momento della minaccia, sia in quello dell'esecuzione; nessuna placa meglio il sentimento offeso dei parenti, degli amici della vittima e soddisfa più completamente l'opinione pubblica indignata. Ma anche la funzione di prevenzione individuale, che la pena indubbiamente adempie, trova nella pena capitale uno strumento, direi quasi perfetto, giacché nessuna pena è più di questa completamente eliminativa. Bene è vero che la pena di morte rende impossibile l'emenda e la rieducazione del reo, ma non credo che siano queste le funzioni essenziali della pena; si tratta invece di scopi secondari od accessori, i quali, d'altro canto, non potrebbero trovare applicazione nel campo riservato alla pena capitale, che è quello appunto dei più atroci delitti e dei più perversi delinquenti, per cui sarebbe evidentemente vano parlare di emenda e di rieducazione».

[3] Esempio di una profonda, e non scontata, cultura costituzionale è quella presente nei lavori di Marco Ruotolo, tra i quali, a mero titolo esemplificativo, *Dignità e carcere*, in questa Collana, Napoli, 2016 nonché, dello stesso Autore, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

I filosofi e teorici del diritto, meno costretti dentro la cornice delle norme positive, hanno ricostruito tutti gli scopi possibili della pena, così mettendo a disposizione di penalisti e costituzionalisti un ricco quadro definitorio. Retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale e rieducazione sono parole che hanno affannato nel tempo e nello spazio gli studiosi della pena. Ma ciascuna delle dottrine e delle teorie si è fondata su giustificazioni aprioristiche che necessitano di una verifica nel concreto.

Nel frattempo il carcere quale pena ha battuto tutti i record imponendosi come la sanzione per eccellenza, quella su cui è conseguentemente necessario concentrare ogni sforzo di analisi. È inutile indagare *ex ante* e a distanza lo scopo della pena genericamente intesa, senza avere in mente quella che è nella realtà storica la sanzione che ha stravinto nel mercato delle sanzioni, ossia la reclusione nella prigione. Nei codici e nella pratica delle Corti il carcere ha assorbito quasi per intero lo spazio della penalità[4]. Così, seguendo un approccio sociologico empirico, nonché guardando (in senso non metaforico) alla pena nella sua realtà, altra appare la sua funzione. In tutta la sua forza emerge la natura intrinsecamente vessatoria, afflittiva, vendicativa, simbolica, espressiva, strutturalmente violenta della sanzione carceraria[5]. La pena carceraria descritta nelle Regole penitenziarie europee del 2006, o nell'Ordinamento penitenziario italiano riformato nel 2018[6], non è la stessa che si desume leggendo i rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti crudeli, inumani e degradanti, dell'Autorità Garante delle persone private della libertà o dell'Associazione Antigone[7]. Chiunque racconta il carcere dopo averlo monitorato, ispezionato,

[4] I detenuti nel mondo sono oltre dieci milioni.
Materiali e numeri a livello globale sono consultabili sul sito web *prisonstudies.org*.

[5] All'indimenticato Massimo Pavarini si deve la decostruzione delle teorie classiche sulla pena viziate, a suo dire, da fallacia normativa. Vedi M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, 2014.

[6] I contenuti della riforma approvata con i decreti legislativi nn. 123 e 124 del 2018 sono commentati nel volume P. Gonnella (a cura di), *Riforma dell'Ordinamento Penitenziario*, Torino, 2019.

[7] I rispettivi rapporti possono essere letti nei siti *garantenpl.it*, *cpt.coe.int* e *associazioneantigone.it*.

osservato tende a sganciarsi dalle teorie normative o aprioristiche e consente al lettore di individuarne gli scopi profondi, attraverso uno sguardo rivolto alla vita che si svolge negli istituti, ai diritti negati o assicurati, al clima umano che si respira.

Il silenzio tombale in una sezione, o lo sguardo morto di un detenuto in un reparto di isolamento, dicono molto della funzione effettiva svolta dalla pena carceraria e mettono al centro dell'attenzione i limiti indispensabili da porre alla pena stessa, al fine di evitare che essa sia declinata in termini puramente afflittivi. Il primo e più efficace limite a una pena inumana, severa, vendicativa, a tratti dolorosa e violenta, è quello della dignità umana, con tutti i diritti ad essa sottesi. Giuristi, filosofi, sociologi e medici possono far convergere i loro punti di vista intorno all'essenzialità della dignità umana quale limite invalicabile all'esercizio di un potere di punire, fatto di cancelli, sbarre, divise, corpi e anime dolenti. Dunque, per comprendere essenza e scopo della pena carceraria bisogna guadare alla sua dinamicità, ai mutamenti sociali connessi, ai bisogni dell'individuo a partire da quello alla salute, ma anche alla composizione sociale e criminale della popolazione detenuta (è evidente che l'internamento di massa impone riflessioni del tutto sganciate da quelle meramente teoriche)[8]. Bisogna avere visto[9] con i propri occhi, o essersi affidati a coloro che hanno avuto un'esperienza personale di carcerazione nelle vesti di custode, custodito o me-

[8] Gli oltre due milioni e duecento mila detenuti ristretti nelle carceri statunitensi precludono ogni considerazione normativa, teorica o filosofico-giuridica intorno allo scopo della pena e pongono quest'ultima all'interno di un altro campo, ossia quello dell'azione politica diretta alla neutralizzazione selettiva, più o meno duratura, della massa degli esclusi.

[9] "Bisogna aver visto" è anche il titolo di un numero monografico della Rivista Il Ponte di Pietro Calamandrei del 1949 che si apriva con le parole di Filippo Turati: «Le carceri rappresentano la esplicazione della vendetta sociale nella forma forse peggiore che si abbia mai avuta: noi crediamo di aver abolito la tortura, e i nostri reclusorî sono essi stessi un sistema di tortura la più raffinata; noi ci vantiamo di aver cancellato la pena di morte dal codice penale comune, e la pena di morte che ammanniscono goccia a goccia le nostre galere è meno pietosa di quella che era data per mano del carnefice; noi ci gonfiamo le gote a parlare di emenda dei colpevoli, e le nostre carceri sono fabbriche di delinquenti o scuole di perfezionamento dei malfattori».

Di recente il numero della rivista Il Ponte è stato ripubblicato nel volume P. Gonnella-D. Ippolito (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Roma, 2018.

dico per mettere a prova di tenuta le definizioni aprioristiche[10]. Questo non significa che l'apparato teorico-normativo non aiuti a descrivere i contorni del dover essere della pena, ma l'essere della pena carceraria concorre alla sua definizione autentica.

## 2. *La salute: definizione positiva e dinamica*

La salute, al pari della pena, consente letture e definizioni statiche o dinamiche. Secondo un'oramai antica, ma mai del tutto superata, definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità la salute «è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia»[11]. La salute richiede dunque una definizione di carattere positivo e non può limitarsi a descrizioni di carattere negativo. La salute abbraccia la psiche, il fisico, la socialità. Ha a che fare con la condizione economica, con la cultura, con l'educazione, con la propria biografia, con l'ambiente. La salute non è assenza di malattia, così come la pace non è assenza di guerra. È un processo dinamico che richiede auto-gestione delle proprie risorse psico-fisiche, capacità di adattamento e di risposta alle sollecitazioni endogene, esterne e sociali. Il *cross-over* tra pena e salute deve tenere conto di quanto scritto nelle norme, a partire da quelle costituzionali, ma anche di ciò che fattualmente accade nella realtà. L'articolo 27, terzo comma, della Costituzione va letto in modo sincronico con il successivo articolo 32 che tutela la salute quale diritto fondamentale dell'individuo e, allo stesso tempo, quale interesse primario della collettività. È interesse, sociale ed economico, della comunità che un detenuto non peggiori nelle sue condizioni psico-fisiche durante la sua esperienza detentiva.

Era il 1998 quando nel nostro Paese, nel nome dell'universalità del diritto alla salute e dell'equità nell'offerta delle prestazioni so-

[10] Ampia è la narrativa auto-biografica di detenuti, direttori di carcere e medici. Tre esempi, uno per punto di vista. Il punto di vista del detenuto: P. Clémenti, *Pensieri dal carcere*, Fontecchio (Aquila), 2007. Il punto di vista del direttore: L. Pagano, *Il direttore. Quarant'anni di lavoro in carcere*, Milano, 2020. Il punto di vista del medico: D. Gonin, *Il corpo incarcerato*, Torino, 1994.

[11] La definizione risale al 1948.

cio-sanitarie, si affidò la medicina penitenziaria al servizio sanitario nazionale, così sradicando quel residuo di diritto speciale negativo che fino ad allora prevedeva per i detenuti un servizio medico posto alle dipendenze del Ministero della Giustizia e delle direzioni degli istituti penitenziari. Si trattò di una riforma ispirata a principi di uguaglianza e non discriminazione. Un esempio di innovazione normativa non afflitta dal virus del populismo penale[12]. La riforma del 1998, così come successivamente completata nel 2006, ha inteso assolvere a una triplice funzione: affermare il principio della non subordinazione del diritto alla salute alle esigenze di sicurezza attraverso l'indipendenza funzionale e gerarchica del medico dal direttore del carcere; consolidare il principio della universalità delle prestazioni senza distinzione qualitativa o quantitativa tra cittadino libero e persona detenuta; rimodellare il servizio sanitario in un'ottica di intervento prioritariamente preventivo piuttosto che diagnostico e terapeutico come era inevitabilmente quello gestito dall'amministrazione penitenziaria.

Le buone intenzioni del legislatore si sono scontrate con una attuazione in parte deludente riscontrata nella vita concreta delle galere. L'osservazione empirica effettuata da chi ha funzioni di monitoraggio, e dunque sulla base della conoscenza e dello sguardo non mediato, ha evidenziato, in giro per le prigioni italiane, propensione alla terapia piuttosto che alla prevenzione, mancanza di visione strategica da parte delle Asl, non rara sottomissione culturale del medico a generiche istanze di sicurezza, pochi spazi per detenuti disabili, psichiatrizzazione del trattamento, assenza di ogni forma di digitalizzazione delle cartelle cliniche.

## 3. *Trasformare la vita in carcere a partire dalla salute*

Attraverso le definizioni incrociate e dinamiche di pena e di salute, smitizzando il tema della rieducazione così da riportarlo su un terreno concreto di rispetto della persona e della sua dignità, è

[12] Si veda quanto rapportato da Michele Miravalle e Daniela Ronco nell'ambito del quattordicesimo Rapporto sulle condizioni di detenzione dell'associazione Antigone.

possibile, proprio attraverso lo spettro delle politiche di promozione e protezione della salute intervenire in modo radicale nella vita penitenziaria, trasformandola in senso conforme al dettato costituzionale. Ossia le politiche di prevenzione, diagnosi, cura, riabilitazione, qualora fondate su un'idea di salute intesa come benessere psico-fisico olisticamente inteso, hanno la forza potenziale di incidere su tutti i gangli della vita penitenziaria: dalle condizioni igienico-sanitarie dei luoghi di detenzione alla tutela dei rapporti affettivi, dalla cura delle malattie ai ritmi di vita interni potenzialmente alienanti, dalla prevenzione alla certificazione della violenza e dei maltrattamenti, dalla prevenzione dei suicidi al riconoscimento delle incompatibilità con lo stato di detenzione. Attraverso il pieno riconoscimento del diritto alla salute ben le Regioni e le Asl potrebbero essere decisive su un terreno più esteso rispetto a quello sanitario stretto. Qualora non interpretassero il loro ruolo in chiave meramente terapeutica o gregaria, rispetto alle seppur legittime esigenze di sicurezza e di trattamento penitenziario, potrebbero obbligare l'amministrazione penitenziaria a rispettare il dettato costituzionale nella sua interezza e a ridurre il tasso di afflittività della pena.

La salute è tutto. Il sovraffollamento, che è promiscuità, fa male alla salute, ancor più ai tempi dell'epidemia di Covid-19. Così come fa male alla salute l'ozio forzato per lunghe venti o addirittura ventidue ore consecutive trascorse consecutivamente in una cella. Attraverso il riconoscimento del diritto alla salute si può deflazionare e umanizzare il sistema penitenziario, si può rivedere la modalità di sorveglianza favorendo una sua maggiore dinamicità, si può escludere la presenza in carcere di bambini con le loro mamme o riconoscere il pieno diritto alla sessualità. Attraverso l'attuazione del diritto alla salute, il carcere si può aprire alle opportunità del territorio (la salute è anche socialità), nonché, più in generale, si potrebbe restituire normalità alla vita detentiva. Per avere buona salute è necessario mangiare cibo di qualità e in quantità sufficiente, non avere freddo, poter vedere il sole e stare all'aria aperta. Ma anche avere le medicine al momento giusto, potersi autogestire i problemi di tutti i giorni senza pietire un conforto medico. Dunque la salute, dinamicamente intesa, se pienamente riconosciuta è in potenza rivoluzionaria.

## 4. *Il medico quale avamposto della lotta alla tortura*

Il medico è garante dell'integrità psico-fisica del detenuto. Lo è a partire dalla funzione di fedele registrazione degli eventi traumatici e di certificazione di lesioni, ecchimosi che potrebbero essere attribuiti a violenze da parte di operatori di Polizia. Al di là di quanto prescrivono le norme, vi è quanto impone l'etica, ossia l'obbligo di non girare la testa dall'altra parte, curare, certificare e avvertire l'autorità giudiziaria. La tortura è un crimine contro l'umanità che, a partire dal 2017 con l'introduzione dell'articolo 613 *bis* nel codice penale, fa parte anche dell'ordinamento giuridico italiano. Le inchieste per maltrattamenti e tortura in carcere dipendono, come anche la casistica giudiziaria più recente insegna, dalle modalità di certificazione delle lesioni da parte dei medici penitenziari, i quali devono sottrarsi da un ruolo meramente notarile e fare corretta e leale analisi clinica di quanto visto, senza affidarsi fideisticamente a quanto riportato dall'agente di Polizia Penitenziaria, dal funzionario o dal detenuto. Non poche volte si è stati costretti a leggere nelle relazioni mediche interne al carcere che le ferite di un detenuto fossero attribuite a una caduta accidentale dalle scale. Si tratta di una perdita morale di ruolo, auto-confinato in funzione di tipo disciplinare anziché di cura e di supervisione medica[13]. Il medico, viceversa, potrebbe essere il primo garante del diritto dei detenuti a non subire tortura, attraverso la sua incorruttibilità morale. Non poche volte capita invece che viene assorbito dal meccanismo delle punizioni informali[14].

Molto della prevenzione e della repressione della tortura è nelle mani dei medici e della loro indipendenza. Le diagnosi e le certificazioni devono avvenire nell'immediatezza dei fatti denunciati. Ogni ritardo nelle visite preclude l'assunzione di prove utilizzabili

[13] Non pochi sono i casi di cronaca nei quali si ritrovano certificazioni mediche che avallano giustificazioni non plausibili di episodi di maltrattamento.

[14] Si emancipò da questo declino di ruolo Véronique Vasseur, responsabile del servizio medico nel carcere La Santé di Parigi che in un suo libro denunciò le condizioni drammatiche di vita in quel carcere, così sollecitando e determinando un'inchiesta parlamentare: V. Vasseur, *Médecine chef- à la prison de la Santé*, Parigi, Cherche Midi, 2000.

per far andare avanti il procedimento. Di solito i fatti di tortura non hanno testimoni e quindi necessitano di prove mediche, soprattutto laddove non vi siano lesioni di particolare intensità. Medici psichiatri dovrebbero anche collaborare nella certificazione delle sofferenze psichiche prodotte da episodi di violenza. La tortura psichica non è meno grave rispetto a quella fisica. Chiunque si sia occupato di tortura nei Paesi dove essa è sistematica sa perfettamente che la tortura psichica è finanche più devastante rispetto a quella che colpisce il solo corpo[15].

## 5. *La salute psichica è anch'essa salute*

La promozione del benessere psichico di una persona detenuta potrebbe avere effetti positivi a catena sulla vita penitenziaria sua, ma anche di chi lo ha in custodia. Il clima generale in un carcere tende a rasserenarsi laddove la sofferenza psichica tende a ridursi.

Ben più giovane è la riforma (legge n. 81 del 2014) che ha chiuso gli ospedali psichiatrici giudiziari e avviato un percorso di deistituzionalizzazione progressiva dei rei folli[16]. Le Asl e le Regioni hanno una responsabilità storica che va al di là dell'attivazione e della gestione delle Rems (Residenze per la esecuzione della misura di sicurezza); ad esse, infatti, spetta elaborare e gestire un modello di internamento che si muova nel solco dell'obiettivo rivoluzionario basagliano dell'umanizzazione e non sanitarizzazione della vita delle persone affette da malattia o disagio

[15] La riabilitazione delle vittime di tortura fa parte dell'arte medica. Vedi A. Morrone (a cura di), *Oltre la tortura. Percorsi di accoglienza con rifugiati e vittime di tortura*, Roma, 2008.

[16] Riforma che ha avuto un fortunato e importante epigono nella sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2019 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"), nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-*ter*. Salute fisica e salute psichica, anche senza il riconoscimento espresso del legislatore, iniziano così ad avere un trattamento parificato ai fini delle decisioni giudiziarie sulla applicazione delle misure non detentive.

psichico. Il nodo da affrontare però non è solo quello delle Rems ma riguarda una visione più ampia e articolata del trattamento psico-sociale dei rei folli e dei folli rei: significa prendere in carico pezzi di vita penitenziaria ben sapendo che la privazione della libertà è una condizione di esistenza anomala, innaturale e potenzialmente patogena. Significa portare in carcere psicologi, educatori, psichiatri, etno-psichiatri (vista l'alta presenza di immigrati in alcuni istituti) per non lasciare l'istituzione penitenziaria (e il poliziotto di sezione) sola di fronte alle difficoltà. La solitudine del poliziotto di fronte all'altrui disagio psichico può degenerare e tradursi in isolamento della persona ritenuta problematica nonché possibile sua contenzione fisica.

Le Asl hanno su questo terreno obblighi normativi che vanno interpretati in modo rispettoso dello spirito delle norme. Se così fosse esse potrebbero realmente favorire una co-gestione anti-reclusoria di pezzi di vita interna alle carceri. La prevenzione del disagio psichico da parte dei servizi di salute mentale deve richiedere l'attivazione di servizi socio-educativi sia in sezioni *ad hoc* così come in tutta l'area penitenziaria. Quello della promozione e protezione della salute psichica è dunque un interstizio, che opportunamente allargato, potrebbe stravolgere in senso democratico e socialmente innovativo la vita globale nelle prigioni italiane. Esso è un interstizio che può declinare in senso basagliano la vita di una istituzione per sua natura totale come quella carceraria. La mancanza di adeguate risorse economiche è spesso indicata per giustificare il disimpegno regionale o aziendale verso il trattamento del disagio psichico intra-murario. Essa, però, oltre a non essere avallata dalle Regole penitenziarie europee del 2006 (Regola 4)[17] è anche palesemente non corrispondente al dato di fatto, in quanto la scelta su come e dove investire le risorse pubbliche è sempre discrezionale.

[17] La norma così recita testualmente: «Le condizioni detentive che violano i diritti umani del detenuto non possono essere giustificate dalla mancanza di risorse».

## 6. *La salute e la depenalizzazione*

Il sistema penale italiano è afflitto da una tendenza all'esuberanza e all'ipertrofia. A partire dal secondo dopoguerra, il numero delle fattispecie penali ha avuto una crescita geometrica, e a tratti addirittura esponenziale. C'è chi ha contato qua e là per l'ordinamento giuridico italiano decine di migliaia di norme penali che al proprio interno minacciano anni di carcere nel caso di mancato rispetto delle prescrizioni, tanto da rendere evanescente il principio *ignorantia legis non excusat* e costringere la Corte costituzionale a prenderne atto[18]. La legge penale ha occupato spazi tradizionalmente riservati alla sicurezza sociale o alla normativa socio-sanitaria. Paradigmatico è il tema della disciplina delle sostanze stupefacenti. La legislazione attualmente in vigore, ispirata alla mera repressione, produce circa un terzo della popolazione detenuta[19]. Una questione evidentemente complessa come quella delle droghe, piuttosto che essere trattata in modo pluri-dimensionale, è invece ridimensionata e semplificata a faccenda di esclusivo interesse criminale. L'insieme articolato dei consumatori di sostanze (alcuni occasionali, altri abituali, altri ancora dipendenti) viene ridotto a pianeta di spacciatori e devianti, trattato con processi e prigione, senza che vi sia una adeguata presa in carico individualizzata da parte del servizio socio-sanitario.

Il punto di vista medico, insieme a quello dell'operatore sociale, dovrebbero essere punto di partenza per una diversa legislazione sulle droghe che recuperi una visione non monolitica e puramente repressiva e punitiva.

Eppure nonostante un impianto legislativo poco attento alla dimensione socio-sanitaria, vi è uno spazio di azione a favore de-

[18] Sentenza n. 364 del 1988. Luigi Ferrajoli ha proposto una via di uscita, ossia la c.d. riserva di codice, solo parzialmente presa in considerazione dal legislatore nel decreto legislativo n. 21 del 2018 all'articolo 1. Esso prevede che «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Ma la norma, a differenza di quanto suggerito da Luigi Ferrajoli, non avendo forza costituzionale, non vincola in modo cogente il legislatore.

[19] All'interno del sito *fuoriluogo.it* è possibile leggere l'undicesimo libro bianco sulle droghe a cura di un *network* di associazioni impegnate sul terreno della prevenzione, della giustizia e dei diritti umani.

gli operatori del servizio sanitario nazionale per erodere la cultura della carcerazione. Il trattamento e la cura delle tossicodipendenze e delle alcool-dipendenze spetta infatti alle Asl. Sin dal 1999 le Regioni hanno competenza in materia di droghe e carcere. Posto che, come visto, la tossicodipendenza riguarda una percentuale rilevante di persone detenute e che il legislatore ha finanche previsto misure alternative *ad hoc* per chi è accertato essere tossicodipendente o alcool-dipendente, il ruolo dei servizi regionali per le tossicodipendenze appare ancor più strategico. Il ruolo dei Servizi pubblici per le Tossicodipendenze potrebbe retroagire fino alla co-gestione di istituti a custodia attenuata per tossicodipendenti o, più in generale, del trattamento socio-sanitario intramurario. Così come potrebbe estendersi fino alla costruzione di percorsi riabilitativi esterni, non necessariamente residenziali. Regioni e Asl devono tenere conto sia degli impulsi internazionali convenzionali che spingono verso l'adozione di politiche di riduzione del danno (come ad esempio la distribuzione di siringhe o preservativi nelle carceri), sia della pluriannuale esperienza amministrativa in materia di assistenza da parte delle Regioni italiane storicamente più virtuose. È questo un ambito dove dovrebbe esserci un canale informativo continuo tra le Regioni e i Sert al fine di livellare verso l'alto le norme interne e le prassi operative. Si tratta di evitare di collocarsi in un ruolo servente rispetto alle logiche puramente custodiali dell'amministrazione penitenziaria.

## 7. *Infine, il carcere è patologico in sé?*

Il carcere fa male alla salute? Non esiste uno studio che attesti quale sia il tasso di morbilità delle persone detenute al termine della pena e se esso sia lo stesso o diverso rispetto a quello certificato all'inizio della carcerazione. Le cartelle cliniche delle persone detenute non sono ancora dappertutto digitalizzate e non vi è possibilità concreta di una rigorosa indagine statistica medica. Sarebbe invece di estremo interesse scientifico misurare gli effetti della pena carceraria sulla salute delle persone detenute. Ovviamente la misurazione del danno alla salute psico-fisica dovrebbe

tenere conto di indicatori quali: la durata della carcerazione, il tipo di segregazione, le forme di isolamento subite, la qualità della vita interna, le relazioni con l'esterno possibili. In questo modo si potrebbe verificare se, a seconda della differente esperienza detentiva sofferta da parte dei detenuti, si differenziano o meno gli effetti sulla salute. Andrebbero indagate, inoltre, quali sono le nuove malattie contratte durante la carcerazione (ivi comprese quelle esito della desocializzazione o dell'astinenza sessuale forzata), nonché l'intensità e il livello di progressione delle stesse.

I tempi della pandemia ci hanno abituato a ragionare intorno ai binomi salute-libertà, salute-sicurezza. Anche la questione penale e carceraria ci riporta dentro l'affannosa ricerca di un equilibrio sostenibile capace di bilanciare diritti e bisogni, individuali e collettivi. Guardando agli effetti del carcere sulla salute fisica, psichica o psico-fisica della popolazione detenuta si potrebbe finanche argomentare intorno alla necessità del superamento della pena detentiva o comunque a un suo forte ridimensionamento. In ogni caso attraverso lo spettro della salute è possibile rivoluzionare la vita interna alle carceri, umanizzarla, renderla meno produttiva di sofferenze. La detenzione femminile, quella minorile, quella delle persone con problemi mentali, dei bambini reclusi con le loro mamme, dei dipendenti da sostanze stupefacenti potrebbero essere ripensate. L'intero sistema sanzionatorio potrebbe essere rivoluzionato, ridimensionando la pena carceraria a pena residuale, avendo scientificamente certificato che essa è intrinsecamente dolorosa e patogena.

Il riconoscimento del diritto pieno alla salute comporta, dunque, che si possa incidere sulle forme patologiche della reclusione, ma anche riaprire una discussione intorno ai modelli sanzionatori, alla diversificazione delle pene, alla decarcerizzazione nel diritto e nella società.

Mauro Palma

# *Il carcere nello specchio di un'emergenza*

Sommario: 1. Le parole – 2. Le parole recluse – 3. Le parole di questi mesi – 4. Gli sguardi.

## 1. *Le parole*

Nelle note che elaborò nella fase di progettazione de La peste – era il 1941[1] – Albert Camus si soffermò sulla necessità di un'igiene dello spirito da coniugare con quello della persona fisica e del suo necessario accudirsi. Da qui sottolineò la funzione di chiarezza mentale e, in quanto tale, di "igiene" complessiva del discorso che riveste il «dare il nome alle cose». La citazione è nota: «quando si cominciano a nominare bene le cose diminuisce il disordine e la sofferenza che c'è nel mondo».

Più volte mi è capitato in incontri e dibattitti di sottolineare la necessità del saper nominare: una sottolineatura doverosa a fronte di un linguaggio a volte sfumato, quando si trattava di delineare le condizioni di detenzione, a volte ambiguo, quando non si riusciva a pronunciare la parola tortura all'interno del codice penale, a volte infine polisemico, quando la parola delle norme diveniva esposta a una pluralità di interpretazioni. Anche oggi parto da tale esigenza per parlare del presente. Poiché vedo che alcune parole sono impiegate in modo interscambiabile discutendo dell'attuale pandemia e dei suoi riflessi sulla tenuta di tre sottosistemi tra loro interconnessi, quello sanitario, quello economico e quello della tu-

[1] A. Camus, *Gli archivi della Peste*, in *Les Cahiers de la Pléiade*, Gallimard, 1947.

tela dei diritti fondamentali. Le parole sono urgenza, emergenza, eccezione, e certamente non sono sinonimi.

La nostra Costituzione utilizza la parola urgenza solo nel contesto del contenimento, non dell'ampliamento, di poteri. Vi fa ricorso, in casi eccezionali, per giustificare un intervento di polizia da ricondurre prontamente nel controllo e nella competenza del giudice[2] o per garantire rapidità a provvedimenti legislativi non rinviabili ai tempi dell'usuale percorso di adozione: anche in questo caso con la garanzia di un rapido ritorno alla conversione in provvedimento ordinario[3]. Un utilizzo contenuto, a cui si associa anche quel raro ricorso all'aggettivo eccezionale, ripreso anche in anni relativamente recenti per introdurre la parità di bilancio. Mai il sostantivo eccezione è introdotto, né è introdotto il sostantivo emergenza a legittimare forme di sospensione o attenuazione delle garanzie costituzionali. Il nostro ordinamento si differenzia così, per esempio, da quello francese che già nella IV Repubblica con una legge del 1955 scaturita nel contesto della crisi in Algeria[4] introdusse la possibilità di proclamare lo "stato d'urgenza" e che inoltre prevede nella stessa Costituzione, adottata successivamente e tuttora in vigore, la possibilità di attribuzione di poteri eccezionali al Presidente della Repubblica «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'adempimento ai suoi impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto»[5]. Anche la Costituzione spagnola, adottata all'indomani del ritorno alla democrazia, ha previsto una forma di eccezione laddove stabilisce che «Una legge organica regolerà gli stati di allarme, di eccezione e di assedio, le competenze e le limitazioni corrispondenti». Nel definire poi il contenuto di tale stato di eccezione, dichiarato dal Consiglio dei

[2] Artt. 13 e 21 Cost.

[3] Artt. 72, 73 e 77 Cost.

[4] Legge 3 aprile 1955 n. 55-385.

[5] Art. 16 della Costituzione francese, 4 ottobre 1958 e successive modificazioni. Un'ulteriore possibilità di eccezionalità è prevista dall'articolo 36 della Costituzione francese che attribuisce al Consiglio dei ministri la possibilità di decretare lo stato d'assedio per dodici giorni.

ministri, previo passaggio parlamentare e della durata massima di trenta giorni, il riferimento è al Capitolo quinto del Titolo I: «Della sospensione dei diritti e delle libertà»[6].

Due testi diversi, quello francese e quello spagnolo, che prevedono entrambi possibilità di eccezione. Sorti in contesti che trovavano sostegno in contingenze temporanee – quella delle vicissitudini algerine, il primo, e quello delle rivendicazioni armate di natura territoriale il secondo – ma che entrambi si sono prestati ad applicazioni successive in contesti anche più ampi. In Francia, l'antica legge del 1955 venne, infatti, riesumata, dopo lunga latenza, nel 2005 in occasione dei sommovimenti nelle *banlieue* di diverse città e, successivamente dopo gli attentati del 2015, anche se presto inglobata in una nuova legge non più di sapore post-algerino. In Spagna, le previsioni tuttora esistenti di deroga ai diritti e alle libertà hanno costituito – e tuttora in parte costituiscono – l'ostacolo al superamento di quella detenzione *incommunicada* che coinvolge autori di reato appartenenti alla organizzazione Eta e che è stato più volte censurato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura[7].

Perché le parole costituiscono il sedimento di una realtà vissuta e agita, ma, al contempo, sono anche le basi per il loro riproporsi in altre realtà e in altre situazioni, spesso con un ambito semantico ampliato o "lateralizzato" verso altri contesti. Così, anche in Italia la parola emergenza, si è prestata nel passato a definire inizialmente regole, prassi e anche norme introdotte per affrontare una particolare grave problematicità – quella della diffusione di un antagonismo armato, configuratosi anche in organizzazioni specifiche – per poi trasferirsi verso altre questioni, anch'esse gravi, ma di natura diversa, quale quella della lotta alla criminalità organizza-

[6] L'articolo 116 della Costituzione spagnola, 31 ottobre 1978, definisce lo «stato d'allarme», lo «stato d'eccezione» e lo «stato d'assedio». L'articolo 55, a sua volta, prevede in taluni casi, regolati per legge, la deroga a quanto previsto dai precedenti articoli 17 e 18 relativamente alla comunicazione al giudice entro 72 ore dell'avvenuta privazione della libertà di una persona e alla inviolabilità, se non per provvedimento di natura giudiziaria, del domicilio e delle comunicazioni.

[7] Si veda *Report to the Spanish Government on the visit from 31 May to 13 June*, Cpt/inf(2013)6, pubblicato in inglese e spagnolo sul sito del Comitato per la prevenzione della tortura.

ta. L'emergenza tende così a perpetuarsi seppure in forme diverse perché rompe il paradigma della normalità esistente e in ciò ne prefigura una diversa.

Per questo occorre fare attenzione alle parole e alle loro false sinonimie. La Carta dei diritti dell'Unione europea[8] non nomina alcuna delle tre parole: né urgenza, né emergenza, tantomeno eccezione; e neppure gli aggettivi che da esse derivano: l'assolutezza dei diritti e delle libertà garantite non ammette deroghe in quel testo. Nel nostro ordinamento la locuzione «stato di emergenza» è apparsa nella legge istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile[9], che lo regolamenta nel suo articolo 5, prevedendo che, in definite circostanze di eventi o calamità non affrontabili con mezzi e poteri ordinari e che richiedono il coordinamento di più enti o amministrazioni, tale stato possa esser deliberato dal Consiglio dei ministri su proposta del suo Presidente o da quello di una regione o provincia interessata, fermo restando il controllo di legittimità su tale atto. Il termine è diventato d'uso comune nell'attuale situazione di diffusione del contagio e di adozione progressiva di misure che hanno regolato quasi tutti gli aspetti della vita individuale nel rapporto con gli altri, fino a giungere a limitare e regolare la libertà di movimento. Provvedimenti che, almeno inizialmente, hanno frequentemente utilizzato la locuzione impropria «è consentito» quasi a indicare che tutto il resto era proibito e non già quella di indicare alcuni divieti, inviando il chiaro messaggio che tutto il resto era ovviamente consentito – e non poteva che essere così.

Il ricorso frequente all'emergenza nel linguaggio quotidiano di questi mesi ha determinato spesso un'implicita introiezione di situazione d'eccezione che ha fatto sfumare i confini tra i due termini. E ciò si è reso ancora più evidente in quei luoghi che già di per sé sono spesso visti come peculiari, diversi, dalla quotidianità normale: i luoghi dove le persone sono private della libertà di movimento e di autodeterminazione, sulla base di motivazioni del tutto diverse tra loro tenute però insieme dalla vulnerabilità intrinseca che la situazione

[8] *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 2007/C 303/01.

[9] Legge 24 febbraio 1992 n. 225, articolo 5, e relativo Codice (Decreto legislativo 2 gennaio 2018 n.1).

di vita reclusa determina nella possibilità concreta di esercizio dei propri diritti. In questi luoghi la nuova emergenza si associa all'eccezionalità vissuta e determina un microcosmo anche linguistico in cui la negazione e la sottrazione sono i parametri fondamentali: ogni cosa deve essere autorizzata – in questo caso è appropriato il termine – perché il resto è implicitamente vietato; ogni complessità, di natura disciplinare o anche sanitaria, è affrontata con sottrazione di parti di libertà residua; ogni attività, espressiva, lavorativa o formativa, è vista non come parte di una propria soggettività espressa, ma come un'offerta proposta da altri che decidono sull'indirizzare un percorso che si vuole trattamentale. Così privando la persona della propria irripetibile individualità e connotandola come elemento di un insieme indistinto definito attraverso un plurale di aggettivi sostantivati: i detenuti, i pazienti, i migranti, e così via.

## 2. *Le parole recluse*

Il linguaggio all'interno delle mura del carcere è emblematico nel rappresentare un ambiente che descrive sé stesso con un codice linguistico proprio e che così trova poi il modo di perpetuarsi, senza mutamenti. Non è soltanto il prodotto della riflessione teorica su di esso, qualunque ne sia l'impostazione; è anche il costruttore dell'argine entro cui quella riflessione potrà svilupparsi. È conferma di un passato e costruttore del futuro: tanto più si adegua a schemi linguistici che identificano impropriamente cose diverse e che differenziano cose in realtà profondamente simili, tanto più la sua evoluzione non deborderà da quel solco che si ritiene ineluttabile. Così non c'è futuro diverso per l'esecuzione penale detentiva se non troviamo il modo di descriverla con altri termini, di far vivere all'interno parole diverse, di costruire un linguaggio di rottura con quello che si ritiene unico in grado di configurarlo.

Il primo aspetto, evidente nel dibattito attorno al carcere, ancor prima del diffondersi del rischio attuale di contagio è proprio nel descriverlo come emergenza: quasi un ossimoro quando si associa, come spesso viene fatto, l'aggettivo perenne a tale termine. Un ossimoro che rappresenta un rapporto che la società esterna

ha con la realtà carceraria in termini di eccezione rispetto al fluire normale della vita e di una eccezionalità che si perpetua, quasi si costruisce con continuità in questa distanza dalla somiglianza alla vita all'esterno delle mura. Esattamente il contrario di quanto affermato in uno dei Principi che introducono le Regole penitenziarie europee[10] che indica la vita all'interno «il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera».

La difficoltà di un linguaggio costruttivo circa la risposta legale e sociale al reato e alla sua esecuzione coinvolge tutti gli attori che ruotano attorno alla lacerazione che la commissione del reato costituisce. Molte sono le voci e molti i linguaggi, non solo verbali.

Il primo segno della confusione linguistica appare nei commenti alle diverse decisioni relative alle modalità di esecuzione di una sanzione penale: è emersa recentemente la confusione tra libertà e detenzione nel proprio domicilio, quando si è ricorso a questa forma di esecuzione della pena privativa della libertà, peraltro in una situazione istituzionalmente definita come «di emergenza» per tutelare la salute delle persone recluse ed evitare il diffondersi del contagio in luoghi – quali il carcere – dove avrebbe potuto avere effetti incontrollabili. Questa previsione è stata stigmatizzata come cedimento a una presunta tendenza a non assumersi la responsabilità di punire, sottovalutando il dolore delle vittime e il rischio alla sicurezza complessiva. La confusione linguistica e concettuale è stata la base per l'adozione di un provvedimento legislativo d'urgenza volto a rasserenare coloro che si erano scandalizzati per alcuni trasferimenti di persone detenute anziane o sanitariamente vulnerabili. In questo caso, quindi, una semantica distorta è riuscita a imporsi condizionando anche il legislatore.

Un segno frequente di anomalia linguistica è poi nelle molte circolari, indicazioni, lettere ai direttori degli istituti penitenziari che ne costellano la vita amministrativa e condizionano quella di chi in essi è ristretto. La confusione è evidente nelle differenze che caratterizzano gli universi di regole degli Istituti in un contesto che si vorrebbe uniforme dal punto di vista di ciò che è possibile fare e

[10] Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Raccomandazione R(2006)2-rev*, Parte I, *Principi fondamentali*, n. 5, 11 gennaio 2006, revisionata e modificata il 1° luglio 2020.

ciò che non lo è. L'uniformità è invece raggiunta nell'omologazione frequente di quei molti aspetti significativi per un tempo detentivo che sia diverso dal tempo esterno, ma non da esso strutturalmente "altro", in una indistinta categoria di intrattenimento che li decontestualizzano da una qualsiasi progettualità. A questa uniformità interpretativa delle molte attività, istituzionali o volontarie, se ne aggiunge un'altra costituita da un gergo interno che finisce per essere la vera cultura di fondo della pena concreta, che si tramanda con continuità e che pone le basi per il suo perpetuarsi.

Anche il linguaggio di chi studia e discute la pena ha poco a che fare con gli altri micromondi linguistici interni – quello delle regole, quello della burocrazia, quello dell'amministrazione. Linguaggi che non riescono, in fondo a «dare nome alle cose». Perché il nome delle cose è il condensato delle proprietà congiunte delle cose stesse e richiede, quindi, che queste siano da tutti riconosciute. Di più, nominandole si definisce un'ulteriore loro proprietà: la proprietà di essere nominate con quel nome[11]. Nel discutere di filosofia logica dei nomi, Saul Kripke indica l'obiettivo di costruzione di una semantica formale comune in sistemi di logica modale per giungere, appunto, a nominare le cose. I sistemi di logica modale sono sistemi logici in cui non si hanno solo due valori di verità, vero o falso, ma si ha una gamma di variazioni tra i due perché verità e falsità non sono assolute, ma hanno una gradualità di passaggio dall'una all'altra. Esprimono una varietà che riscontriamo in tutti i sistemi di controllo sociale quando cerchiamo di descriverli uniformemente: lo è anche il mondo del carcere che si presenta denso di una gamma di grigi, tra il bianco e nero; che presenta la sua realtà in varie modalità che richiedono però una capacità di essere riportate a sintesi affinché si possa trovare per esse un linguaggio comune.

La ricerca di una semantica comune – quella che, come Kripke afferma, permette di dare nomi comuni alle cose – sintetizza bene un obiettivo che dovremmo tutti porci nel considerare la realtà della detenzione, per la quale oggi non riusciamo a trovare parole condivise. Questa ricerca di una semantica comune chiama in campo sia l'amministrazione, sia la magistratura di sorveglianza,

[11] S. KRIPKE, *Nome e necessità*, Boringhieri, 1982.

sia le persone ristrette, sia infine chi opera in carcere in modo volontario e chi a esso dedica attenzione di studio e di analisi sociale. Perché attualmente spesso non si è in grado di costruire una uniformità interpretativa alle varie modalità con cui la complessità carceraria si presenta. Dare significati comuni sembra un obiettivo a volte impossibile: in un carcere le persone detenute vengono assegnate per anno di nascita o per cognomi ai diversi magistrati e situazioni identiche possono ottenere decisioni opposte; alcune regole di vita quotidiana possono cambiare da Istituto a Istituto e incidere sulla vita di chi peraltro viene improvvisamente trasferito da uno all'altro per risolvere problemi di sovraffollamento o questioni disciplinari; attività ritenute essenziali in un luogo sono viste come attentati al presunto rigore in altri. Tutte situazioni in cui le modalità diverse con cui la complessità del mondo recluso si presenta non trovano una formalizzazione semantica concorde.

Questa mancata concordanza si presenta in particolare per due termini: rieducazione e trattamento. Il primo – che negli anni è "invecchiato" male – sfocia spesso in una configurazione etica, in particolare quando non si misura con una possibilità di ritorno, come nel caso dell'ergastolo ostativo. A seconda che l'ergastolo sia ostativo o meno la parola rieducazione assume, quindi, due semantiche diverse, inconciliabili. Lo stesso per la parola trattamento. Due semantiche sono possibili: può essere punto di coagulo e di arrivo di percorsi individuali che vengono orientati, guidati attraverso specifiche proposte, senza però togliere responsabilità alla persona che resta titolare delle proprie scelte; oppure può consistere nell'adeguamento a progetti e regole che chi ha deciso il programma di trattamento propone e impone al soggetto. In questo caso sparisce la responsabilità individuale e resta soltanto la passività dell'adesione al programma.

## 3. *Le parole di questi mesi*

Anche le parole di descrizione di questi mesi hanno spesso trovato significati diversi. In primo luogo quelle che volevano dare una rappresentazione uniforme di quanto avveniva nella nostra quotidianità di persone che, usualmente libere, eravamo costretti a restare

nelle nostre case e quelle di chi invece viveva la doppia privazione della libertà: la privazione usuale e quella della ulteriore chiusura di attività, presenze e voci che rendeva quei luoghi ormai vuoti e abitati da una doppia ansia. L'ansia che avevamo tutti rispetto a un possibile contagio di cui ci sentivamo – e tuttora ci sentiamo – vittime e portatori e l'ansia di essere in un luogo dove nemmeno quella minima autodeterminazione residua era possibile. Un luogo dove nulla di ciò che veniva predicato come misura profilattica, dal distanziamento all'igiene continua, alla non promiscuità, poteva realizzarsi.

Non è stata un'esperienza unificante, come invece molti tendevano ad affermare. Al contrario è stata un'esperienza che ha allargato il solco delle differenze, accentuato la debolezza dei deboli e che rischia di riconsegnarci un tessuto sociale, al momento del suo auspicato termine, ancora più lacerato. All'interno del carcere rischia di affermare implicitamente un modello che, chiuso in sé stesso, non ha bisogno di altre presenze, perdendo così quel valore aggiunto di osmosi tra interno ed esterno che è stato sempre uno dei pochi punti di orgoglio del nostro sistema detentivo.

Questa distanza tra due mondi è anche più evidente in questa seconda fase. Perché le misure che si stanno adottando di fronte all'espansione del contagio, ben superiore a quella dei mesi della primavera scorsa, mettono in evidenza ancor più chiaramente le diversità che caratterizzano la popolazione detenuta. Oggi[12], a fronte di 863 persone ristrette risultate positive al virus, distribuite in 83 Istituti, sul totale di 192 e con "picchi" di più di 150 contagiati in alcuni di essi, i provvedimenti fin qui messi in campo per diminuire l'addensamento di presenze in carcere, hanno prodotto una diminuzione di circa 400 presenze. In termini percentuali si tratta di una diminuzione di circa l'uno percento della popolazione detenuta presente alla fine di ottobre 2020. Nello stesso periodo però il numero delle persone risultate positive al virus è aumentato di più del trenta percento. Due ritmi, quello di diminuzione delle presenze e quello di aumento del contagio, ben diversi che, quindi, richiedono quantomeno un urgente riallineamento. Inoltre, la

[12] I dati si riferiscono al 22 novembre 2020 (Fonte Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria).

platea teorica dei provvedimenti adottati di poco più di tremila destinatari, si assottiglia quando si considera che tra essi più di mille sono «senza fissa dimora» e, in quanto tali, non possono essere destinatari di un provvedimento di detenzione domiciliare, senza un impegno specifico dei Comuni per fornire loro un riparo che possa essere considerato come precario domicilio.

Questa è una delle contraddizioni di cui si aveva forse la percezione, ma che nella sua consistenza numerica è chiaramente emersa in queste due fasi di espansione della pandemia. Riguarda la tipologia delle persone ristrette, in termini sia di reato commesso, sia di pena da eseguire, sia infine di possibilità concreta di accedere agli strumenti alternativi alla privazione della libertà che il nostro ordinamento prevede.

Ai primi di marzo, quando i segnali d'imminenti provvedimenti che non avrebbero "consentito" spostamenti se non per limitate esigenze quotidiane si diffondevano, nel carcere erano ristrette 61.000 persone. Di queste però circa 20.000 scontavano una pena – non un suo residuo – inferiore ai tre anni. Duemila addirittura inferiore a un anno. I numeri sono andati poi calando, per rialzarsi nella fase estiva e tornare a un valore nuovamente eccessivo, 54.000 circa, se confrontato con i posti disponibili e con quelli necessari in caso di dover procedere a numerosi isolamenti precauzionali o per sopravvenuto contagio. Ancora oggi però un migliaio sconta una pena inferiore a un anno. Questi numeri rendono evidente la difficoltà di rimodulare un sistema che si presenta uguale nei confronti di una persona che deve scontare quattro mesi di condanna e per la quale è presumibile la tenuità dell'offesa penale, e di un'altra che è in carcere per aver commesso reati gravissimi. Non solo, ma la presenza in carcere di persone che devono scontare pene molto brevi mette in luce la loro intrinseca fragilità sociale, poiché altrimenti avrebbero avuto accesso a tutto ciò che è previsto come alternativa alla detenzione. Sono di fatto una sorta di concretizzazione visibile della povertà che si riverbera sulla detenzione come passo all'interno di un percorso che non trova altrove le dovute risposte.

Qui vedo in fondo una possibile utilità del difficile momento che si sta vivendo: una utilità in termini di consapevolezza di un problema che siamo stati costretti a vedere e non potremo più far finta di non

conoscere. Perché il rischio è quello di prendere provvedimenti che escludendo, involontariamente ma di fatto, coloro che hanno maggiore fragilità dalle misure che si assumono per ridurre i numeri, si allarghi la distanza sociale che li separa da chi è socialmente più forte e la carcerazione accentui la sua fisionomia di detenzione sociale.

Accanto a questa, un'altra eredità ci sarà lasciata al termine di questa esperienza. Riguarda la constatazione di come il sistema dei diritti fondamentali non sia percepito dall'opinione di massa come un sistema unico, di elementi coesi tra loro, mai conflittuali l'un l'altro, così come le Carte dei diritti li definiscono. Al contrario, è evidente una implicita gerarchia che vede la primazia di una supposta sicurezza, peraltro mai appagata. In nome di questa percezione della sicurezza si è disponibili a porre in secondo piano altri diritti, quali quello alla tutela della salute per persone anziane o malate, che non si vuole che possano continuare altrove la loro detenzione. Anche nel momento in cui la debolezza di salute può essere letale. Passa in subordine anche il diritto dell'infanzia, più volte proclamato come superiore ad altre esigenze e di fatto negato nel momento in cui per poter non interrompere la relazione affettiva con la madre si determina una precoce detenzione di chi ancora deve costruire la propria relazione con la vita da poco iniziata. Sono gerarchie mai riconosciute, ma concretamente fatte vivere.

Torna il tema della varietà delle situazioni nel mondo della detenzione, la varietà della gamma dei grigi che non consente di ridurre il tutto allo schema binario del colpevole o innocente e che obbliga a considerare le diverse sfumature che esistono tra questi due estremi. Torna anche la difficoltà di formalizzare una semantica comune a queste numerose modalità per poter avere poi un linguaggio con cui esprimerle. Con cui costruire norme, regole interne, percorsi.

## 4. *Gli sguardi*

Oltre la ricostruzione di una igiene delle parole, dei nomi da poter assegnare alle cose, serve anche la ricostruzione di una capacità di guardare. Lo sguardo dominante nei luoghi chiusi è quello dell'assuefazione. «Bisogna aver visto», disse Pietro Cala-

mandrei[13], così intitolando il numero monografico della rivista *Il ponte* dedicato al carcere. Mi permetto di aggiungere bisogna saper vedere, soprattutto per vincere quello sguardo assuefatto che non permette di guardare realmente.

Per chi – come il Garante dei diritti delle persone private della libertà – ha il compito di visitare i luoghi dove le persone sono di fatto chiuse, ancor più in questo periodo, l'attenzione deve essere sempre a uno sguardo molteplice, quasi la composizione di quattro sguardi diversi. Perché nella loro sintesi si realizza lo sguardo della comprensione di ciò che si sta osservando.

Il primo sguardo è quello descrittivo, del saper osservare i vari aspetti dell'ambiente in cui ci si trova e delle persone che vi sono ospitate. Proprio rivolgendosi a quest'ultime, il secondo sguardo deve riuscire a essere il più possibile il loro sguardo; deve cercare di rappresentarsi quel mondo con gli occhi di chi forzatamene lo abita, sapendo che tale assunzione dello sguardo altrui non potrà mai essere totale, ma avvicinandosi a esso il più possibile. C'è poi un terzo sguardo, che è quello di chi amministra la funzione del mantenere la privazione della libertà altrui, perché questo è il compito che gli è stato affidato dalla collettività e che deve esercitare questa non semplice funzione tutelando i diritti di chi non è più libero e rispondendo al compito ricevuto. Infine c'è lo sguardo – il quarto – istituzionale, di chi deve ricomporre quella funzione di massima violenza del potere statuale – perché privare della libertà è una violenza, anche se legittimata dal mandato e dall'ordine complessivo da assicurare alla collettività. Uno sguardo da indirizzare alla duplice assicurazione dell'esercizio della funzione assegnata e dello scrupoloso rispetto della dignità e dell'integrità della persona affidata.

Come nelle parole si racchiude la sintesi di più caratteristiche e solo da tale sintesi è possibile nominare le cose, così dalla molteplicità di questi punti di vista si costruisce lo sguardo e si può dire di vedere ciò che questo mondo di fragilità offre ai nostri occhi.

[13] P. Calamandrei, Introduzione a *Il ponte*, Anno V, n. 3, marzo 1949, La nuova Italia, 1949.

# II Parte

Pietro Buffa

# *Quando l'emergenza si concretizza in carcere. Il caso lombardo*

SOMMARIO: 1. Emergenza sanitaria e impianto giuridico – 2. L'assenza di protocolli e le difficili relazioni nei rapporti interistituzionali – 3. L'impatto dell'informazione – 4. Dalla percezione del tempo alla categorizzazione della realtà – 5. La necessità di lasciare traccia – 6. Il carcere dopo l'emergenza sanitaria.

## 1. *Emergenza sanitaria e impianto giuridico*

Vorrei condividere alcune considerazioni che riguardano una serie di questioni, che vanno dall'uso e dall'interpretazione del diritto all'impatto dell'informazione, dalla percezione del tempo alla categorizzazione della realtà, dalla difficoltà di riorganizzarsi agli effetti delle relazioni umane, e altre che ci hanno accompagnato sin dall'inizio della pandemia.

La prima, in ordine casuale, riguarda *l'impianto giuridico* che ha caratterizzato l'azione in questi mesi convulsi. Possiamo ben dire che il Covid-19 in carcere è stato sostanzialmente affrontato con gli *strumenti normativi ordinari* già a disposizione.

Sin dall'inizio della vicenda, e ancor più dopo le rivolte cruente dei primi di marzo, si è levata alta la voce di chi chiedeva leggi straordinarie ed indulgenziali. Il Governo, viceversa, ha scelto misure assai più contenute. Questo ha comportato la necessità di far fronte alle varie emergenze facendo fondo alle interpretazioni più estensive delle norme che dal 1975 costituiscono l'Ordinamento penitenziario. Un caso paradigmatico è rappresentato, per esempio, dalla materia dei colloqui che ci ha visto uscire dai limiti temporali e tecnologici, storicamente dati per insuperabili in tutti

questi anni, per compensare il blocco e poi le limitazioni di quelli in presenza.

Ora però la domanda sorge spontanea. Perché prima di questo evento planetario ed epocale non lo abbiamo applicato estensivamente, pur potendolo evidentemente fare, per rendere più umane le condizioni detentive? Perché per applicare una serie di norme già esistenti si è dovuto aspettare una pandemia? Sta di fatto che l'emergenza ha, in parte e per ora, fatto venir meno quelle timide e diffuse interpretazioni che hanno negli anni depotenziato l'Ordinamento penitenziario.

Viene naturale pensare che la paura delle reazioni susseguenti al *lockdown* penitenziario hanno superato le resistenze a dare corpo al suo spirito umanistico. È triste constatarlo ma è molto plausibile che sia andata in questo modo. D'altra parte sin da subito il problema della legalità nell'emergenza è emerso in tutta la sua potenza.

In quel drammatico 21 febbraio 2020 quando, nel pomeriggio inoltrato, ci si incontrò a Milano con i Comandanti e con i Direttori degli istituti per capire cosa si sarebbe potuto fare, sottili ma esplicite, erano le spinte ad immaginare la chiusura di tutte le attività, che costituiscono il sottile filo che unisce il dentro al fuori, quale unica soluzione percorribile per scongiurare il contagio dimenticando, tra l'altro, che tra i vettori di potenziale contagio c'eravamo tutti noi.

L'emergenza, di primo acchito pareva giustificare negli animi umani qualunque misura ritenuta necessaria.

Appanna l'equilibrio che deve rimanere nel cercare di garantire, tra diritti che possono entrare in conflitto in ragione di una situazione complicata e contraddittoria, quali quello della salute, individuale e collettiva, del mantenimento dei contatti con la propria famiglia, dell'istruzione, della socialità, del movimento al di fuori della cella e, più in generale, tutti quelli che rimangono comunque in capo ad una persona imprigionata.

È un atteggiamento per certi versi naturale ma assecondarlo lo consoliderebbe e rinforzerebbe. Ecco perché da quel momento e per tutte le settimane successive, il *leitmotiv* ricorrente nei ragionamenti fu quello di affrontare l'emergenza attraverso gli strumenti

della legalità, che ordinariamente in quel momento il codice ci dava.

## 2. *L'assenza di protocolli e le difficili relazioni nei rapporti interistituzionali*

Detto questo, tuttavia, pesava il fatto di dover affrontare l'epidemia senza una bussola, un protocollo consolidato, un sentiero già tracciato, che ci consentisse di procedere con minore preoccupazione.

Ricordo perfettamente la paradossale e angosciosa sorpresa di constatare che un'emergenza, fino a quel momento percepita molto lontana ed estranea, era di colpo giunta al nostro cospetto.

Per quanto mi riguarda si materializzava in una telefonata ricevuta da un medico, con la quale stavo condividendo una pausa pranzo, in cui le veniva comunicato che un suo collega, che lavorava in un istituto di pena, era in quarantena perché aveva visitato nel suo studio una persona infetta. Per me tutta questa vicenda è iniziata in quel preciso momento.

Lì mi resi conto che noi non avevamo un protocollo da seguire, e nella riunione del giorno dopo mi resi anche conto che nessuno si ricordava che nel 2009 avevamo avuto un'altra pandemia virale, potenzialmente mortale, l'H1N1.

All'epoca lavoravo a Torino e in quell'istituto ponemmo in atto diverse azioni per contenere l'infezione che, per fortuna, risultarono non necessarie perché il pericolo si ridusse naturalmente sino a cessare. Proprio per lo scampato pericolo nessuno, tantomeno io, prese nota dei ragionamenti e delle procedure e ora nessuno le ricordava.

È quindi iniziato un angosciante ed appassionante cammino di apprendimento che ci ha portati a confrontarci con le logiche geometriche di un virus e con la necessità d'interpretare norme e pratiche.

In tutta questa vicenda il *valore del tempo* è, una fattore fondamentale. Non ci si può soffermare più di tanto, bisogna avere le idee chiare e cercare di reagire nel minor tempo possibile. Ma la

sua percezione può variare in ragione di tanti fattori che lo possono dilatare o accorciare nella nostra mente.

Per quanto ci ha riguardato la prima netta sensazione di essere in uno stato di emergenza si è concretizzata in una collega si è presentata in ufficio con una mascherina chirurgica dopo che il marito era stato a contatto con un positivo e lei precauzionalmente, per tutelarsi e per tutelare gli altri, aveva indossato la mascherina. Fino a quel momento la questione sembrava lontana, sembrava lontana anche nelle regioni che in quel momento non erano coinvolte, sembrava lontana quando si parlava di Wuhan e non si parlava di Piacenza o di Lodi. Questo ha fatto indubbiamente perdere del tempo.

Uno dei punti di forza delle nostre strategie è stato la circostanza di avere in ufficio alcuni referenti sanitari dotati di grande *competenza* con i quali, sin da subito, siamo riusciti a creare *sinergia*, *reciprocità* e *flessibilità* nelle valutazioni dei fatti, delle circostanze e nella *condivisione delle decisioni*.

Dopo breve si è anche compreso che non solo le competenze ma anche le *attitudini personali*, la *capacità di resilienza* e quella *relazionale* erano essenziali nel governo dell'ignoto, dell'angoscia e delle persone.

Non a caso, con il passare del tempo, si è constatato che laddove si verificavano dei focolai d'infezione, parimenti si riscontrava una *relazione problematica nei rapporti interistituzionali*, e, addirittura, personali tra i professionisti del carcere e i professionisti della sanità. Constatazione perfettamente in linea con quanto descritto da Michele Miravalle che, in un suo contributo, ha evidenziato che il virus non ha fatto altro che esasperare i limiti più generali di molte Istituzioni e i limiti e i punti di forza delle singole persone[1]. Nel caso del carcere egli ha sostenuto, e personalmente concordo, che siano emerse le criticità, a distanza di anni dalla riforma della sanità penitenziaria, tutte legate alla coesistenza di due istituzioni che hanno mandati, strutture di pensiero e burocratiche molto complesse e diverse. Tale giustificazione, in questa circostanza, ha giocato un ruolo negativo.

[1] M. Miravalle, *Il carcere al tempo del coronavirus – XVI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2020, 109.

Questo non si è verificato laddove i rapporti tra carcere e sanità erano già buoni prima della riforma, al punto da facilitare la fluidità e la condivisione dei problemi e delle soluzioni, confermando anche in questo caso quanto descritto qualche anno fa in un contributo di Daniela Ronco che aveva per oggetto la valutazione della riforma della sanità penitenziaria[2].

## 3. *L'impatto dell'informazione*

Un altro elemento che ha inciso nella gestione della pandemia è stata *l'informazione* che è circolata, sia all'interno che all'esterno degli istituti. Uno dei fattori più delicati e complessi è stato quello veicolato alle persone detenute rispetto ai provvedimenti che, via via, venivano adottati a tutela delle comunità penitenziarie e che in genere riguardavano la limitazione della normale vita interna.

Ho letto attentamente il rapporto di Antigone dedicato alla pandemia e ho rilevato che in più circostanze viene affermato che le *rivolte* dell'8 e del 9 marzo sono state frutto anche della mancata informazione nei confronti della popolazione detenute sulla gravità della vicenda. Non ho una visuale nazionale, ma posso dire che la rivolta di San Vittore è iniziata esattamente subito dopo un incontro tra i detenuti e il direttore organizzato esattamente al fine di dare tutte le informazioni necessarie[3]. Quindi, quella di Antigone, è un'affermazione che, almeno a mio parere, meriterebbe un approfondimento ritenendo che, tra i tanti motivi sottesi allo scatenamento della rabbia e della violenza, quello del tipo, della quantità e della qualità dell'informazione veicolata dall'Amministrazione penitenziaria sia marginale. Chi ha potuto assistere a ciò che è avvenuto nei reparti in rivolta ha potuto osservare ed ascoltare plurime e contemporanee rivendicazioni più genericamente riconducibili al *desiderio libertà*, non certo alla carenza di informazioni.

Sulle rivolte di quei giorni si sono dette molte cose. Per com-

[2] D. Ronco, *Cura sotto controllo: il diritto alla salute in carcere*, Roma, 2018, 69.

[3] G. Siciliano, *Di cuore e di coraggio. Storia di una vita normale, ma non tanto – Ricordi di un direttore di carcere*, Milano, 2020, 238.

prendere meglio quello che è successo in quei momenti occorre rispolverare le riflessioni condotte da Adriano Sofri negli anni '90 allorquando, comparando le sue esperienze di detenzione avvenute in momenti storici diversi, le prime tra gli anni '60 e '70 e l'ultima a partire dagli anni '90, poneva in evidenza che nella prima fase, quando il carcere era un cosmo omogeneo dal punto di vista etnico, culturale, criminale e con un codice di comportamento chiaro a tutti, le proteste venivano pianificate, concordate e messe in atto coerentemente con quella trama ideale ed organizzativa.

Il trascorrere del tempo, soprattutto l'evoluzione storico-economica della società e l'emergere di una diversa platea di devianti in ragione di nuovi scenari geo-politici e sociali, ha visto scaraventata in carcere una moltitudine di marginali, eterogenei dal punto di vista etnico, culturale e criminale, infarciti da tutta una serie di fragilità psicosociali. In questo eterogeneo nuovo mondo non è più possibile stabilire i limiti, le modalità, le linee e gli obiettivi della rivolta. Questo è stato palese a San Vittore e anche negli altri istituti dove era un continuo accendersi, da sezione a sezione, di situazioni di ribellione ed era sostanzialmente impossibile andare a discutere perché non si capiva quale fosse la linea né chi la stesse orchestrando.

Tornando al tema dell'*informazione* possiamo ben dire che, a parte la sua *approssimazione*, ha rappresentato un problema nel problema. La *summa* delle informazioni di diversa natura e delle riflessioni da più parti politiche e sindacali date sul carcere, si possono riassumere in una *visione catastrofistica* di una comunità penitenziaria che avrebbe pagato migliaia di infetti e centinaia di morti. Una visione drammatica del carcere molto comune e diffusa che, come sempre, è stata ostentata senza pudore né cautela e senza considerare gli effetti che poteva determinare.

I giornali e l'informazione entrano in carcere, è previsto dalle norme ed è giusto che avvenga. Consideriamo però il contesto in cui ci si muoveva in quei giorni nei quali ognuno di noi ha percepito, in particolare in Lombardia, il rischio letale di un virus che generava un numero di morti impressionante.

Le persone in carcere hanno avuto le stesse sollecitazioni, ricevendo le stesse informazioni dalle televisioni, dai giornali, dai famigliari e possiamo ben immaginare il potere amplificante che la

coazione può aver prodotto in loro. In questo ambito le distorsioni di una *informazione inesatta e sensazionalistica* sono state potenzialmente devastanti e obiettivamente hanno fortemente condizionato la possibilità di ragionare e affrontare la questione con loro anche in ragione della carica di terrore insufflata tra quelle mura.

Ma c'è stato un altro elemento critico nell'informazione quotidiana, molto sottile ma altrettanto insidioso, che ha reso difficile il ragionare sull'approccio da adottare rispetto all'emergenza. Nella prima fase, quella più dura, si è formata una *retorica informativa* che parlava esplicitamente di *guerra* e dell'*eroismo* di alcune figure e categorie professionali. Il Covid-19, di colpo, era diventato una guerra.

Di per sé non è una novità ai giorni nostri ove spesso si indica questo o quel problema sociale come un vero e proprio *conflitto* per rimarcarne la complessità e la gravità ma altrettanto spesso non è chiaro chi sia il nemico e finisce che ognuno lo individua secondo il proprio modo di vedere. Occorre però, a mio parere, riflettere sul fatto che nel momento in cui si introduce l'argomento del *nemico* si passa da una cosmologia simbolica centrata sulla necessità di *occuparsi* di qualcuno, ad un'altra nella quale ci si deve *difendere* da qualcuno.

Da questo punto di vista per molti, a volte a mezza voce altre volte esplicitamente, i nemici sono diventati, da un lato, i famigliari in visita, i volontari, gli insegnanti ma dall'altra parte i nemici siamo diventati noi. Per tutti è stato chiaro che quelle mura non erano, di per sé, una cintura protettiva perché un carcere, per fortuna, non può essere una grotta sigillata. Le tensioni per chiuderne le porte sono state forti al punto da diventare norma da rispettare.

In questo modo il carcere è ripiombato, in pochi giorni, al giorno prima della Riforma penitenziaria del '75. Anche peggio se pensiamo al blocco delle visite in presenza, alleviate solamente dalle telefonate e dalle videochiamate.

## 4. *Dalla percezione del tempo alla categorizzazione della realtà*

È così iniziata la lunga marcia di questa carovana dolente e impaurita tra la bufera virale della pandemia. La sua storia è presto

disegnata. Se facciamo un bilancio numerico, ad oggi[4], in Lombardia abbiamo registrato complessivamente 98 detenuti e 142 unità di personale infettate dal virus, e tra queste due persone che sono decedute a causa delle complicazioni intercorse, in un contesto che assomma complessivamente circa 11 o 12.000 persone tra detenuti ed operatori.

Tutto sommato paiono cifre gestibili se non fosse che abbiamo avuto giornate in cui avevamo più di 400 isolati e sino ad un massimo di 41 infetti contemporaneamente. Ora pensate cosa vuol dire isolare 400 persone tutti i giorni in strutture già affollate in partenza. Ma il problema non è solo quante siano state le persone colpite, ma anche come si sia vissuto con questa cappa di paura e di senso dell'ignoto sulla testa.

A posteriori possiamo delineare tre fasi distinte. La prima, che all'incirca possiamo collocare tra il 12 marzo, data in cui abbiamo registrato i primi infetti, e il 27 aprile che ha visto un progressivo ma contenuto aumento dei casi da 1 a 27 al giorno.

La seconda, tra il 28 aprile al 19 maggio, connotata da maggiore virulenza e gravità, che ha causato due focolai importanti presso l'istituto di Lecco e quello di Voghera e che ha fatto registrare il numero maggiore di infettati in un giorno solo, appunto 41 casi.

La terza, dal 20 maggio all'inizio dell'estate, che coerentemente con quanto stava avvenendo nella società libera, ha visto scemare velocemente il numero dei contagiati.

Oggi, a posteriori, si dice che le cariche virali non siano più le stesse, che il virus sia meno feroce, ma in quelle circostanze, nel mezzo del *lockdown*, con le città sottoposte ad un coprifuoco, colpiti dal bombardamento mediatico delle colonne dell'esercito che spostavano i morti per poterli cremare, delle sale di rianimazione piene di corpi esanimi, state pur certi che la tensione non era una tenera compagna dei nostri pensieri e delle ipotesi che si facevano per cercare di prevenire ed intervenire.

[4] Il dato si riferisce al 4 settembre 2020. Al momento in cui questo contributo è stato rivisto e redatto, ovvero il 7 novembre, la situazione è fortemente mutata. Come noto ad inizio autunno il contagio è ripartito a livello globale assumendo dimensioni numericamente ben peggiori di quelle registrate nel corso della prima ondata. Per quanto ci riguarda oggi, in tutta la Lombardia, si contano 156 persone detenute infette e, tra queste, 5 sono ricoverate in ospedale per le loro condizioni critiche. Oltre a loro si contano altre 489 persone detenute isolate in quarantena o perché appena entrate o perché venute a contatto con compagni positivi. Complessivamente, quindi, oggi circa un decimo dell'intera popolazione detenuta lombarda è interessata da misure cautelari o cliniche in ragione dell'ondata pandemica.

È in un clima di questo genere che, dopo circa un mese dal primo contagio, è stata operata una scelta dettata dal fatto che avevamo un focolaio importante a San Vittore e, grazie al fatto che tra noi contavamo due esperti infettivologi, si è deciso di gestire il focolaio convogliando le persone in un'unica sezione individuata nel centro clinico di quell'istituto e, successivamente, di mettere a disposizione questo reparto, poi denominato *covidario*, per tutti gli Istituti della Lombardia.

La scelta è stata dettata dalla netta percezione di non poter perdere tempo. In quelle settimane abbiamo imparato che, in queste circostanze, *il tempo è vitale*.

Era necessario portare via le persone infette dalle strutture penitenziarie medio piccole che, viceversa, avrebbero avuto maggiori difficoltà nella gestione e una notevole probabilità di sviluppare focolai più complessi.

Non si poteva immaginare che sarebbe stata una scelta molto contestata perché incideva, inconsapevolmente, su un filone di pensiero che riteneva, e probabilmente ritiene ancora, che questa emergenza si dovesse, più o meno esclusivamente, gestire attraverso le scarcerazioni.

Nel nostro caso il pensiero è stato invece focalizzato a gestire il gestibile senza negare la possibilità, ma neppure attendere, le scarcerazioni. In tal senso l'Amministrazione non ha fatto un'opzione *tutto dentro*, ha semplicemente scelto un'opzione razionale di tipo gestionale senza negarne altre che, nel frattempo, tardavano o si concretizzavano in misura insoddisfacente.

Nonostante questo ci sono state forti critiche. A posteriori posso dire che, dal punto di vista penitenziario, è stata una scelta vincente perché, in questo modo, si è riusciti a contenere i focolai e oggi viaggiamo su 2/3 casi positivi su tutto il distretto lombardo.

Ma se le cose non fossero andate in questo modo? Se invece di diminuire i focolai fossero aumentati? Quanto ci avrebbero messo i nostri critici a denunciare una condotta da loro già in partenza additata come scellerata?

Probabilmente avremmo allungato la fila delle persone che sono state a posteriori oggetto di una gogna mediatica prima e dell'attenzione delle Procure delle Repubbliche poi.

## 5. *La necessità di lasciare traccia*

Con il trascorrere del tempo abbiamo assistito alla nostra *liquefazione emotiva e organizzativa*. Il 14 marzo il Provveditorato è stato quarantenato perché avevamo due colleghi con la polmonite e una gran parte delle persone erano assenti e tra queste alcune erano positive, io stesso lo ero. Di fronte ad un'organizzazione che si scioglie in questo modo come si reagisce? Non esiste un manuale e neppure si ha memoria di precedenti significativi. È per questo motivo che questa volta ho tenuto un diario, visto che non lo avevo fatto nel 2009 in occasione della citata epidemia di H1N1 e quindi gran parte dei ragionamenti e dei provvedimenti allora applicati allora erano stati consegnati all'oblio e oggi si faceva fatica a ricostruirne la trama.

È un diario particolare che raccoglie elementi normativi, organizzativi ma anche riflessioni personali sulle loro concrete conseguenze, sulle contraddizioni, i punti di forza e di debolezza oltre ad alcuni accenni sull'emotività colta nei colleghi e nelle loro reazioni.

Sono fermamente convinto dell'utilità di lasciare una traccia anche perché, approfondendo un testo di storia della medicina dedicato all'influenza *spagnola* del 1918[5], ho avuto modo di apprendere che, quando si parla di Covid-19, il numero in coda altro non è che l'indicazione dell'anno in cui quel tipo di virus ha fatto la sua comparsa sulla faccia della terra. Il che significa dire che altre infezioni virali si succederanno nel tempo con effetti più o meno gravi, ma sicuramente ricorrenti. Nonostante questo ci potremmo trovare impreparati come questa volta ed è quindi vitale che in ogni settore si dovrebbe riflettere e lasciare traccia di quanto ha funzionato e di cosa non è stato all'altezza dei problemi affrontati.

Anche perché non siamo naturalmente predisposti ad affrontare l'ignoto. Tra i fenomeni che si sono percepiti in questi mesi ve ne è uno particolarmente importante e significativo.

Una persona di fronte ad un rischio è sempre dibattuto tra quello che si dovrebbe probabilmente fare per scongiurarlo e gli effetti

[5] L. Spinney, *L'influenza spagnola. La pandemia che cambiò il mondo*, Venezia, 2018.

draconiani che questo potrebbe comportare rispetto a un'ordinarietà che, viceversa, non genera alcun stravolgimento e risulta tranquillizzante per tutti. Chi deve decidere si trova collocato in mezzo a queste due necessità. Da un lato il dover immaginare lo scenario più grave e quindi anche gli interventi più forti da fare accollandosi anche la responsabilità e l'onere di intervenire sui destini altrui e sulle organizzazioni in modo forte, rispetto ad una situazione più comoda che è quella dell'attesa e del minimo indispensabile. Il rischio di collocarsi nella mediana di questo dilemma è dietro l'angolo.

Quando ci siamo trovati a dover ragionare rispetto agli scenari più seri, più importanti, auspicabilmente non avremmo voluto si realizzassero ma erano una possibilità che successivamente, purtroppo, si sono rivelati la realtà.

Ecco perché è necessario lasciare traccia e sforzarsi di apprendere ma questo appare ostacolato da quel *clima bellico* più su accennato. La necessità di esorcizzare la paura con la creazione di un nemico da neutralizzare al fine di porci mentalmente al sicuro dai nostri timori, la ricerca di un colpevole in modo da fare piazza pulita delle responsabilità diffuse, comprese le nostre, e rifiutate da tutti, tutto questo fa sì che non si voglia mettere in discussione, fino in fondo, i passaggi di un percorso doloroso e complicato.

*La guerra non fa apprendere* serve solo per cercare un capro espiatorio da eliminare. Quando dalla ricerca dei nessi causali dei fenomeni si passa alla ricerca della responsabilità tutto apparentemente si semplifica perché, una volta che si è trovato il responsabile, tutti ci tranquillizziamo perché il male era *evidentemente* collocato esattamente lì senza neppure renderci conto che questa rasserenante convinzione ci impedirà di ragionare sul più grande disegno che ha determinato quella crisi e sulle risposte che si è riusciti o meno dare.

## 6. *Il carcere dopo l'emergenza sanitaria*

Abbiamo già detto che l'emergenza Covid-19 in carcere ha indotto ad adottare soluzioni interessanti ed efficaci, pur nell'alveo dell'ordinario quadro normativo.

Da più parti l'auspicio è quello di mantenerle. Io francamente

sono un po' pessimista per varie motivi. Da un lato le soluzioni in questione, seppure stessero già scritte nelle norme, hanno evidenziato una sorta di *antico e consolidato obnubilamento teorico*. Non si erano mai viste, o volute vedere, in tempo di pace e si è comunque stentato ad adottarle in tempo di emergenza. Se questo è avvenuto è perché la pressione dell'emergenza è stata molto più forte delle inveterate prassi applicative a ribasso dell'Ordinamento penitenziario ma già si colgono i presupposti di una "normalizzazione". D'altro canto la partecipazione sociale alla vita della pena in carcere temo viva un effetto contrazione pari a quello che vive attualmente l'economia del Paese. Così come da più parti si levano voci esperte che preconizzano il fatto che una parte delle attività produttive non avranno più la forza di riaprire dopo il *lockdown* è probabile che una serie di attività sociali non avranno la stessa forza per riprendere le loro attività. Un dato fra tutti può aiutare a qualificare questo timore. Nonostante nel mese di luglio si sia dato il via libera alla riapertura delle attività trattamentali, la stima dell'adesione a tale disposizione ci prospetta una riapertura compresa tra il dieci e il cinquanta per cento delle attività che vi erano prima dell'emergenza Covid-19. Rischiano così di perdersi interi pezzi di storia di intervento del terzo settore e degli enti privati o pubblici che in questi anni hanno anche lavorato faticosamente in carcere. Un carcere che, come abbiamo già detto, durante il *lockdown* è ritornato esattamente al luglio del 1975, cioè al giorno prima della riforma penitenziaria. Questi azzeramenti rischiano di far ripartire, se non dall'inizio, sicuramente non dal punto in cui abbiamo abbandonato. C'è quindi anche un serio problema di prospettiva culturale rispetto al tema della funzione del carcere *post* pandemia.

Su questo, credo, si debba aprire necessariamente un serio dibattito prima che la naturale tendenza a dimenticare cicatrizzi una terribile, quanto stimolante, sollecitazione sul tema dei diritti delle persone detenute rispetto al quale questo contributo spero abbia dato il segno delle tante variabili insidiose che si annidano nel tentativo di conciliare l'emergenza sanitaria con i diritti già compressi dalla detenzione.

Riccardo De Vito

# *La gestione dell'emergenza sanitaria. Il punto di vista del magistrato*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. L'emergenza sanitaria vista con occhi del magistrato di sorveglianza – 3. Più protetti in carcere che all'esterno: il primo grave errore – 4. L'impossibilità di un'analogia tra "dentro" e "fuori" – 5. Il ruolo delle decisioni della Magistratura di sorveglianza nel contrasto all'emergenza sanitaria – 6. Il pericolo di un'inversione del rapporto tra umanità e disumanità.

## 1. *Premesse*

Il mio intervento, come richiesto dalla traccia del titolo, prende le mosse dalla concreta esperienza professionale e dal punto di vista, particolare e specifico, del magistrato di sorveglianza.

In premessa, tuttavia, si impone una riflessione allo stesso tempo giuridica e politica.

L'emergenza sanitaria chiama direttamente in causa il diritto alla salute di tutte le persone, libere e recluse. Con riferimento al diritto di queste ultime assistiamo nella discussione pubblica a una cupa riedizione della teoria della "supremazia relativa" della potestà punitiva, in base alla quale – per dirla con le limpide parole di un suo critico, Massimo Pavarini – "se lo Stato, nel dare esecuzione ad una pena limitativa della libertà personale, lede o comprime altri diritti può addurre a propria giustificazione il primato del diritto pubblico di punire su ogni altro diritto 'privato' del punito, che nel contrasto con il diritto di punire si affievolisce"[1].

[1] M. PAVARINI, *…Vivere in meno di 3 metri quadrati. Quando la pena carceraria è disumana e degradante*, 27 febbraio 2013, reperibile in *assemblea.emr.it*.

Non importa che questa teoria sia stata seccamente smentita dalle sentenze delle Corti nazionali e sovranazionali[2]: il dibattito pubblico, anche qualificato, sembra averla fatta propria in relazione al diritto alla salute dei condannati e alla loro protezione dal contagio, mentre il decisore politico – troppo parco nell'adozione di adeguate misure di contrasto al sovraffollamento – si è dimostrato (e continua a dimostrarsi) indulgente nei confronti di questo approccio culturale. La salute dei cittadini senza macchie sul certificato penale sembrerebbe contare di più di quella dei puniti.

Se è questo lo stato dell'arte, chi ha a cuore il volto costituzionale della penalità penitenziaria non può limitarsi a riaffermare l'illegalità costituzionale e convenzionale di una pena atta a sacrificare i diritti fondamentali, tra i quali quello alla salute.

Occorre fare i conti, più a fondo, con tutte le incandescenti contraddizioni della nostra epoca e con le istanze – politiche, economiche, sociali – capaci di condizionare la soddisfazione di quei bisogni basilari di cui i diritti costituiscono proiezione giuridica.

Sotto questo profilo, ad esempio, dobbiamo ricordare che la promessa della Costituzione è quella di riguardare il diritto alla salute anche sotto il profilo speculare del dovere della Repubblica di garantire il pieno sviluppo della persona umana dell'uomo (art. 3, comma 2, Cost.). La scelta di campo dell'art. 3 capoverso della Carta, in particolare, esige che le istituzioni svolgano un ruolo attivo nella tutela della salute, con precisi doveri di intervento nei confronti delle persone in condizioni di svantaggio.

Pietra angolare e strumento attuativo di questo dovere di intervento dello Stato è stato, fin dalla sua istituzione nel 1978[3], il Servizio Sanitario Nazionale, uno dei pilastri dello stato sociale repubblicano.

Con un lento processo di riforma – avviato come noto con la legge delega 419 del 1998, proseguito con il decreto legislativo

[2] Il riferimento, naturalmente, è alla fondamentale sentenza 349 del 1993 – laddove viene preso in considerazione quel residuo di libertà "tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale" – della Corte costituzionale e alla sentenza pilota della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013.

[3] La legge istituiva, come noto, è la n. 833 del 1978, la quale delinea i principi fondamentali di universalità, uguaglianza ed equità.

230 del 1999 e conclusosi con il Dpcm del 1° aprile 2008 – , anche l'assistenza sanitaria della popolazione detenuta e internata è stata assunta dal Servizio Sanitario. Non occorre in questa sede soffermarsi sul valore di questa svolta sul piano della parità di trattamento tra liberi e reclusi.

È importante, invece, sottolineare come l'emergenza sanitaria abbia messo a nudo in modo drammatico e definitivo il prezzo pagato ad anni di scelte politiche, trasversali a tutto l'arco parlamentare, tese al ridimensionamento del ruolo della sanità pubblica.

I miti del welfare aziendale, della privatizzazione e delle decentralizzazione, anche nell'ottica del costituzionalizzato principio di pareggio di bilancio, hanno alimentato l'idea dell'insostenibilità del Servizio Sanitario Nazionale e sono stati motore di un depotenziamento dello stesso.

Alla prova della pandemia, tuttavia, il risultato di questa rinuncia si è manifestato sotto gli occhi di tutti: ospedali carenti di risorse e personale, mancanza di un numero sufficiente di posti letto, saturazione precoce dei pochi reparti di medicina intensiva, assenza di strumenti essenziali di prevenzione.

La minor tutela dei diritti, dunque, passa anche dalla forza di resistenza opposta al progetto della Carta repubblicana dalla realtà economica e politica, la quale mette in risalto quel paradosso delle regole costituzionali che Giuseppe U. Rescigno descriveva con urticante lucidità: "In quanto descrizioni, o autorappresentazioni della società italiana, esse valgono come argomenti retorici per coloro che continuano a usarle, ma sul piano scientifico sono descrizioni o autorappresentazioni corrette se in qualche modo la realtà sociale effettiva cerca di conformarsi a quegli ideali, altrimenti sono in buona sostanza inganno o autoinganno, e cioè ideologia"[4].

Se lo svuotamento del servizio sanitario nazionale, in questa fase storica, ha avuto ricadute gravi sulla salute dei liberi, ancora più drammatica è stata la retroazione sulla situazione della sanità penitenziaria. In un quadro generale di sotto-finanziamento della sanità pubblica, la quota destinata all'assistenza e alla cura dei detenuti si è assottigliata in misura maggiore. Ne è derivata, pertanto,

[4] G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, XIV ed., 2012, 645.

una dinamica di affievolimento della tutela del diritto alla salute della popolazione detenuta che, all'esplodere del virus Sar-Cov-2, ha rischiato di tramutarsi in tragedia.

## 2. *L'emergenza sanitaria vista con occhi del magistrato di sorveglianza*

Da qui può iniziare il racconto di cosa è accaduto in carcere durante la prima ondata del virus; o, almeno, di quanto hanno potuto cogliere gli occhi di un magistrato che ha il compito istituzionale (art. 69, commi 1 e 2, ord. penit. e art. 5 dPR 230/2000) di vigilare sull'organizzazione degli istituti penitenziari e di garantire il rispetto dei diritti dei detenuti e degli internati.

Il virus ha preso di mira il carcere lo stesso giorno in cui ha attaccato il Paese. Il 21 febbraio, mentre il "paziente uno" di Codogno era scoperto positivo, un medico del carcere di Piacenza veniva posto in isolamento perché entrato in contatto, nel suo studio esterno, con un soggetto contagiato[5].

La percezione degli operatori penitenziari, dei garanti e dei magistrati di sorveglianza è stata, fin dall'inizio, quella della collisione deflagrante di una calamità inedita con un penitenziario ancora troppo distante dal modello costituzionale propugnato dall'art. 27 della Costituzione.

La normalità del carcere, alla prova del contagio, si è rivelata, per parafrasare Margaret Atwood, soltanto "una situazione a cui eravamo abituati". Nonostante gli sforzi di quello che Margara definiva "il carcere che resiste" e le recenti conquiste giurisprudenziali promananti dalla Corte Edu e della Corte costituzionale[6], quella normalità, alla prova dei fatti, non si è rivelata ancora piena conformità alla norma, al canone costituzionale.

La mia prima esperienza del possibile contatto tra carcere e

[5] Il racconto della vicenda è in P. Buffa, *Carcere e pandemia. Tra la ricerca delle responsabilità e l'urgente necessità di apprendere*, in *Diritto Penale e Uomo*, 7/8, 2020, 27.

[6] Il riferimento è alle sentenze n. 253 del 2019 della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019.

Covid-19 risale al periodo compreso tra la fine del febbraio e l'8 marzo del 2020.

Era il periodo in cui l'epidemia iniziava a diffondersi rapidamente, venivano istituite le prime zone rosse e l'Amministrazione penitenziaria provava a offrire una risposta tempestiva con una serie di circolari che riguardavano in modo particolare gli istituti ubicati nelle allora zone rosse (in particolare, Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna)[7].

Da una posizione apparentemente periferica come quella della Sardegna, i magistrati di sorveglianza di Sassari – ufficio nell'ambito del quale opero e che cito solo per questo motivo, dal momento che le vicende si ripetevano uguali su tutto il territorio nazionale – toccavano da subito con mano la diffusività del virus e la vulnerabilità del sistema penitenziario in due circostanze: il rientro dal permesso in istituto di un soggetto sintomatico; l'annunciato sfollamento dal carcere di Modena di alcuni detenuti, per i quali era stata ipotizzato il trasferimento (poi non avvenuto) nella Casa Circondariale di Sassari. È bene sapere che nel carcere di Modena l'8 marzo 2020 i detenuti entravano in rivolta non soltanto in conseguenza del "taglio dei colloqui" con i familiari (e della mancata comunicazione delle soluzioni telematiche alternative), ma anche in ragione del primo caso di positività accertato tra la popolazione detenuta.

L'allarme dei direttori degli istituti sardi interessati, in quella prima fase, erano dovuti in gran parte all'impossibilità di conoscere l'effettiva positività sia del "permessante" sintomatico sia dei detenuti sfollati. Di qui la richiesta di provvedere tempestivamente, con gli strumenti del diritto vigente, per evitare gli ingressi in istituto.

In quella prima fase dell'ondata, infatti, non si dava alcuna possibilità di effettuare un *triage*: le tende ospedaliere da campo davanti agli istituti compariranno soltanto molto tempo dopo, modificando il paesaggio penitenziario e trasformandolo in un desolante, ma necessario, scenario da guerra. Mascherine e guanti,

[7] Si tratta della nota avente ad oggetto *Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus* (nota DAP 22 febbraio 2020, n. 00611554).

inoltre, non erano a disposizione del personale medico e infermieristico in misura sufficiente neppure per le routinarie attività di assistenza sanitaria. Inutile dire della impossibilità di fatto garantire cure farmacologiche o meccaniche.

L'ingresso del possibile positivo, e con esso del virus, era guardato con terrore, anche perché allora non accompagnato dalla possibilità di attuare le necessarie misure di isolamento e quarantena.

Di qui la richiesta di tempestivo intervento della magistratura, dell'amministrazione e della politica per mettere a punto, sulla base del diritto vigente, soluzioni per evitare gli ingressi e favorire l'ammissione a misure penale extra-murali.

Per lungo tempo chi lavora nel e con il mondo del penitenziario si è confrontato con situazione davvero al limite: urgenza e impossibilità di trovare spazio per isolare le persone positive e i casi sospetti (per lungo tempo in carcere, in assenza di tamponi, non è stato possibile distinguere) in istituti che, al 29 febbraio 2020, annoveravano 61.230 presenze su poco più di 47.000 posti effettivi; personale medico e infermieristico privo dei più essenziali dispositivi di protezione, per non parlare dei sofisticati strumenti di medicina intensiva; inattuabilità, tra le mura, di quelle misure di prevenzione salvavita che, a partire dal distanziamento sociale, nella comunità dei liberi venivano prima suggerite e poi imposte.

Far dilagare il virus in carcere, in quelle condizioni, avrebbe significato creare una bomba epidemiologica, con rischio elevato per la vita e la salute dei ristretti, di chi vi lavora e delle popolazione dei territori circostanti. È stato da subito chiaro, infatti, che il carcere correva il rischio di diventare un moltiplicatore del contagio. Non si trattava, come è stato argutamente osservato, di un "incendio al di là del fiume"[8].

Di qui la richiesta di un impegno immediato, necessario e obbligatorio della magistratura di sorveglianza per alleggerire la pressione delle presenze.

Questa preoccupazione ha scalfito solo in minima parte il decisore politico, che si è ritenuto appagato della messa a punto di

[8] G. Giostra, *L'emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in *Diritto di difesa*, 28 marzo 2020.

un sistema teso a isolare il carcere dal resto del mondo – interruzione dei colloqui visivi delle persone recluse con i loro familiari, sospensione dei permessi – e si è limitato alla previsione di blande misure in punto di deflazione della popolazione detenuta (art. 123 del decreto-legge 18/2020, c.d. "Cura Italia").

La sottovalutazione istituzionale del problema persiste: nel momento in cui fissiamo su carta questi appunti, il contagio ha ripreso la sua corsa ed è stato da poco emanato il decreto-legge 137 del 2020 (c.d. "decreto ristori"), che in materia di carcere si limita a ricalcare la striminzite disposizioni del suindicato decreto "Cura Italia".

## 3. *Più protetti in carcere che all'esterno: il primo grave errore*

Credo che questa prospettiva riduzionista del pericolo tragga origine da un duplice errore epistemologico o, meglio, dal sopravvento delle visioni ideologiche sul sapere esperienziale.

La prima deriva ideologica si è manifestata nell'affermazione in base alla quale "dentro" si era più protetti dal contagio che "fuori". Una tale convinzione, legata al sillogismo errato del carcere come istituzione chiusa e dunque protetta, è stata fatta propria anche da autorevoli magistrati e da una parte dell'opinione pubblica qualificata.

Si tratta, come anticipato, di una percezione ingannevole, contraria a quanto dimostrato dagli studi empirici, che già nel pieno dell'emergenza rendevano testimonianza di una realtà diversa e opposta.

Un importante studio epidemiologico sul rapporto tra Covid-19 e carcere, pubblicato sul *Journal of American Medical Association* ad aprile 2020[9], dà atto di quanto accaduto nel carcere americano di San Quentin ai tempi dell'epidemia di "spagnola". Quel virus, nella *first wave* del 1918, colpì oltre la metà dei 1900 prigionieri. I motivi del veloce propagarsi erano da ricondurre alla

[9] L. Hawks, S. Woolander, D. McCormick, *Covid-19 in Prisons and Jails in the United States*, in *JAMA International Medicine*, vol. 180, Agosto 2020, n. 8, 141.

rapida saturazione dei reparti ospedalieri, all'impossibilità di isolare il malato e all'irrealizzabilità del distanziamento sociale all'interno delle sezioni detentive. L'influenza infettò anche il personale dello *staff* e, per tramite di questo, la comunità sociale attigua.

La riflessione dei medici americani non si ferma soltanto all'evidenza storica, addentrandosi anche in una persuasiva similitudine tra quello che può accadere in carcere e ciò che si è verificato all'interno delle navi da crociera collocate in quarantena. In questa traiettoria viene presa ad esempio la situazione della nave Diamond Princess: "Su 3700 individui tra passeggeri ed equipaggio, tenuti a bordo in quartieri separati ma vicini, 700 persone sono state infettate e 12 sono morte in un periodo di quattro settimane. La rapida diffusione è stata attribuita a un piccolo numero di lavoratori della cucina alloggiati insieme sul ponte 3, responsabili dell'alimentazione dei passeggeri in quarantena". Univoche le conclusioni: "L'infrastruttura della maggior parte delle prigioni è altrettanto favorevole alla diffusione delle malattie", con in più il fattore di rischio aggiuntivo correlato alla circostanza che "gli ufficiali penitenziari e il resto del personale spesso lasciano la struttura e poi rientrano".

## 4. *L'impossibilità di un'analogia tra "dentro" e "fuori"*

Proprio quest'ultima considerazione ci consente di mettere a fuoco un secondo errore di prospettiva, dovuto in parte all'idea che sia possibile un'analogia tra la situazione dei liberi, costretti nelle abitazioni in tempo di *lockdown*, e la durevole condizione di esiliati dal mondo dei detenuti. La convinzione che il portone di casa protegga dal contagio, in altri termini, ha indotto a ritenere che la stessa funzione potesse essere svolta dai cancelli della prigione.

Non è così. Ciò che differenzia nettamente le due esperienze di 'confino' è quella che Erwin Goffman, nel descrivere le caratteristiche dell'istituzione chiusa, definiva "l'esposizione contaminante del sé"[10], ossia la relazione interpersonale coatta alla quale il dete-

[10] E. Goffman, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, Vintage Anchor Publishing, New York, 1961, trad. it. di Franca Basaglia, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1978 (2010), 35.

nuto è costretto. Anche durante la fase emergenziale ogni ristretto non poteva fare a meno di incontrare persone dello *staff* che dalla prigione entravano e uscivano anche più volte al giorno: direttore, educatori, personale di polizia penitenziaria, medici, infermieri. Risiede proprio in questa esposizione forzosa la principale ragione di vulnerabilità del carcere di fronte ai rischi di *spread* del contagio, nonostante le misure di prevenzione man mano messe a punto dall'amministrazione penitenziaria e sanitaria. A ciò si aggiunga che all'interno della prigione neppure è possibile vivere a debita distanza dal compagno di detenzione: camere multiple, servizi igienici collettivi, assenza di spazi, condizioni igieniche precarie e, per quel che riguarda il nostro Paese, sovraffollamento strutturale sono tutti fattori che costringono a una quotidianità promiscua. La promiscuità, come ormai chiaro, era ed è la miglior alleata del virus.

Il carcere, pertanto, non è affatto un luogo protetto. La conclusione non può tranquillizzare neppure chi, con buona pace dell'art. 27 della Costituzione e di ogni etica, è disposto ad accettare un destino diverso per i "peccatori" ed i "giusti". Se volessimo prestare attenzione esclusivamente a un prospettiva utilitaristica, infatti, dovremmo prendere in seria considerazione quanto affermato dall'agenzia europea dell'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 all'interno e all'esterno del carcere"[11]. All'interno e all'esterno del carcere: se non si pensa alla salute dentro la prigione non si può efficacemente pensare alla salute fuori dalla prigione. L'allarme per quanto accade all'interno del sistema penitenziario non può essere estraneo al discorso politico sulla salute pubblica.

[11] World Health Organization, *Regional Office for Europe, Prepardness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention. Interim Guidance*, 15 marzo 2020, reperibile su *euro.who.int*.

## 5. *Il ruolo delle decisioni della Magistratura di sorveglianza nel contrasto all'emergenza sanitaria*

A fronte di un certa inerzia della politica, comunque, si è registrato un attivismo concreto della magistratura sia sul versante della cognizione (dunque, delle misure cautelari) sia sul versante dell'esecuzione delle pene e della sorveglianza. Se il pericolo non si è trasformato in tragedia – almeno nella prima fase – è fatto dovuto anche all'alleggerimento della pressione delle presenze ricollegabile all'attività della magistratura. I numeri sulle presenze parlano chiaro: dai 61.230 del 29 febbraio 2020, si è passati ai 52.679 del 15 maggio 2020 (dati del Garante Nazionale) e ai 53.387 del 31 maggio 2020 (dai del Ministero). Ancora troppi rispetto ai 47.000 posti di capienza effettiva e ai 50.472 classificati dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria come 'capienza regolamentare', ma almeno è stato possibile garantire l'isolamento (se non altro collettivo) dei malati e quello preventivo dei sospetti e di coloro i quali (permessanti, semiliberi, ammesso al lavoro esterno) escono e entrano quotidianamente dagli istituti. Proprio su quest'opera di sfoltimento dei numeri del carcere occorre ora svolgere qualche considerazione.

In primo luogo va rimarcato come il processo di deflazione, contrariamente a quanto rilevato da parte della stampa e dei media, non è classificabile sotto l'etichetta "scarcerazione".

La fuoriuscita dal circuito carcerario, infatti, per quel che riguarda la sorveglianza, si è coagulata in ammissioni a misure di comunità, tra le quali spiccano la detenzione domiciliare c.d. "umanitaria" – prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lett. *c),* ord. penit. nei confronti delle persone in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali – e la detenzione domiciliare surrogatoria del rinvio e del differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di condannati in condizione di grave infermità fisica (art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. penit. e 147, comma 1, n. 2), cod. pen.). Nessuna ottica di mera liberazione, dunque, ma solo il passaggio da un pena carceraria a una pena non carceraria, rispettosa della tutela della sicurezza pubblica.

La circostanza che i provvedimenti dei magistrati di sorveglianza siano stati veicolati come 'scarcerazioni', tuttavia, lascia intendere quanto poco sia stato introiettato, nel nostro Paese, il plurale utilizzato nel terzo comma dell'art. 27 Cost., laddove sono le *pene* a non poter essere contrarie al senso di umanità e a dover tendere alla rieducazione.

Nel discorso pubblico le misure alternative non sono coperte e legittimate da quel plurale – che invece le riconduce al genere *pena*, vale a dire a una prospettiva comunque impegnativa e gravosa per l'essere umano –, ma sono trattate alla stregua di meri benefici, spesso anche immeritevolmente conseguiti.

Basterebbe il ribaltamento di questa rappresentazione a far capire che quanto è accaduto è fisiologico e doveroso e che non c'è stato, come si usava dire nei giochi dei bambini, alcun "liberi tutti".

Ciò detto, è opportuno smascherare un'altra "voce corrente" relativa alle detenzioni domiciliari concesse per motivi di salute: si tratta di quella agganciata all'argomento che i detenuti siano stati ammessi a quelle misure soltanto sulla base di un pericolo di contagio e di malattia del tutto ipotetico, se non addirittura immaginario.

Va ribadito, per prima cosa e per quanto sopra detto, che nel carcere non esistono zone immuni dal contagio e che il carcere, di per sé, è patogeno. Non c'è ora il tempo di argomentare in merito, ma questo è sufficiente per affermare che la dimissione dall'istituto penitenziario per il rischio di contrarre la malattia in forme gravi o letali non sarebbe stato (e non sarebbe) un obbrobrio giuridico.

Il diritto alla salute, anche in carcere, ricomprende la prevenzione, menzionata dall'art. 1 del già ricordato decreto 230 del 1999, allorché stabilisce che "i detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione di prestazioni di prevenzione". È, in fondo, applicazione concreta del principio di *equivalence of care* – fatto proprio dalle risoluzioni delle Nazioni Unite –, in base al quale il livello di attenzione nei confronti delle persone private della libertà deve essere identico a quello rivolto ai pazienti liberi.

A ciò va aggiunto, comunque, che le detenzioni domiciliari per motivi di salute sono state in larga parte concesse a persone

detenute che si trovavano già in condizioni di salute difficili, ma ritenute – almeno fino allo *spread* del virus – compatibili con il regime detentivo carcerario; attraverso anche il trasferimento in strutture esterne di diagnosi e cura, infatti, la medicina penitenziaria riusciva a garantire "un servizio sanitario rispondente alle esigenze profilattiche e di cura" (art. 11 ord. penit.) e idoneo a tutelare integralmente il diritto alla salute di quelle persone.

Su questo particolare aspetto bisogna porre attenzione. Il diritto alla salute impone una tutela integrale: ogni cedimento a logiche di pura approssimazione è in realtà una rinuncia alla tutela. Come è stato pregevolmente sostenuto, "non vi sono motivi di sicurezza o esigenze processuali che possano essere bilanciati col dovere di preservare la salute della persona determinando un livello di tutela minore"[12]. Il bilanciamento, quando a venire in gioco è la tutela dell'integrità psico-fisica di un condannato, può avvenire sul piano dell'organizzazione e delle modalità di espletamento della diagnosi e della cura, ma non su quello della effettività e interezza della prestazione sanitaria.

L'irruzione di Sar-CoV-2, viceversa, ha impedito propria quell'effettività. La necessità di indirizzare l'assistenza sanitaria interna ai pazienti contagiati o al *triage*, la saturazione dei reparti ospedalieri e delle strutture esterne nelle quali quei detenuti venivano abitualmente tradotti e il fatto che parte di queste strutture venissero adibite a reparti Covid-19 costituiscono alcuni dei fattori che hanno determinato il venir meno della possibilità di garantire cure adeguate a quelle persone che già versavano in condizioni di salute difficili per le occorrenze più disparate (età avanzata, comorbidità). Di qui, dunque, la ammissione a forme di detenzione domiciliare particolarmente sorvegliate anche di coloro i quali si erano responsabili di delitti gravi o erano appartenenti a circuiti di Alta Sicurezza o, in pochissimi casi, al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

Con la Costituzione come unica bussola e in piena autonomia, la magistratura di sorveglianza ha provato a fare del carcere un

[12] M. Caredda, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, 166.

luogo più conforme a Costituzione e più capace di tutelare la salute di chi vi è rinchiuso e di chi vi lavora.

Identica stella polare è stata seguita nel favorire un abbattimento dei tassi di sovraffollamento attraverso la tempestiva ammissione a misure alternative di soggetti non pericolosi, con pene da espiare di durata irrisoria.

Si tratta ora di vedere, all'alba della seconda ondata del contagio, se questa prospettiva verrà fatta propria dalla politica, se e come verrà portata avanti dalla magistratura o se, invece, non prevarranno, su politica e magistratura, i molti condizionamenti esterni negativi.

## 6. *Il pericolo di un'inversione del rapporto tra umanità e disumanità*

I molteplici sforzi posti in essere dall'Amministrazione penitenziaria periferica, dalla magistratura, dall'avvocatura, dai medici, dai garanti, dalla polizia penitenziaria rischiano di essere posti nel nulla se prevarranno alcune ideologie della pena e della penalità penitenziaria che la prima ondata del virus ci ha lasciato in eredità.

C'è tempo, in questa sede, di accennare soltanto alla più pericolosa di tali visioni, legata all'inversione del rapporto tra umanità e disumanità.

Nel carcere italiano colpito dalla pandemia, Anno Domini 2020, le morti di 12 detenuti nelle rivolte che si sono succedute tra l'8 e il 10 marzo non hanno costituito fonte di responsabilità politica.

Nessuno ha chiesto conto, in maniera approfondita, del perché di quelle morti, dei nomi delle persone decedute.

Tutt'altro tipo di reazioni, viceversa, ha determinato l'adozione da parte dell'Amministrazione penitenziaria della circolare del 21 marzo 2020, meglio nota come "Protocollo di Belcolle", con la quale si invitavano le Direzioni e le aree sanitarie degli istituti a segnalare i casi di quei detenuti che, per età o patologie, erano più esposti a forme gravi o letali di contagio. La politica e parte di media si sono lanciati nella caccia al responsabile di quella che era diventata la "circolare sulle scarcerazioni". Ora, al di là della

concezione fasulla della magistratura che un tale pensiero sottende – giudici come marionette nelle mani dell'esecutivo –, se un atto di alto valore etico e organizzativo come quella circolare diventa fonte di responsabilità, è evidente che si assiste a un pericoloso ribaltamento: il disumano si appresta a diventare *normale*, mentre l'umano – nel senso giuridico testimoniato dall'art. 27 Cost. e 3 Cedu – rischia di abbandonare la penalità penitenziaria in un momento delicato.

Può sembrare un conclusione allarmistica, ma un tale processo deve essere monitorato con attenzione, se si vuole continuare con serenità e autonomia nell'impegno per un carcere meno violento e per fare dell'emergenza sanitaria un'occasione di discontinuità con prospettive controriformistiche mai abbandonate.

Aldo Morrone

# *La gestione dell'emergenza sanitaria. Il punto di vista del medico*

SOMMARIO: 1. Il virus delle disuguaglianze – 2. La salute in carcere prima del Covid-19: alcune note – 3. Carcere e Covid-19 – 4. Gestione dell'emergenza sanitaria negli istituti penitenziari durante il Covid-19 – 5. Alcune considerazioni conclusive.

## 1. *Il virus delle disuguaglianze*

Il Covid-19 ha svelato il carattere profondamente solidale dell'essere umano. Parallelamente ha però messo in risalto le disuguaglianze, le sperequazioni sociali e di genere, le infinite variazioni delle differenze tra gli uni e gli altri, tra società e società, tra nazioni e nazioni, tra continenti e continenti (Ambrosio, 2020). In questo contesto d'emergenza, si colloca anche il Servizio Sanitario Nazionale (SSN).

Il virus ha squarciato il velo di ipocrisie che nascondevano queste disuguaglianze, non solo a livello di sanità nazionale ma anche internazionale. Dobbiamo essere molto chiari, poiché noi forse non abbiamo mai messo la *persona* malata al centro del SSN.

La riforma sanitaria del 1978, sulla quale si tornerà più avanti, metteva al centro la persona malata, in particolare quella che non riusciva ad entrare all'interno di quelle che erano chiamate le "casse mutue" che costituivano servizi sanitari legati alla condizione sociale e di lavoro dei cittadini italiani, per cui i disoccupati non la avevano ed alcune categorie come gli operai avevano l'INAM (L'Istituto nazionale per l'assicurazione contro le malattie) che non erogava grandi prestazioni. I cittadini più benestanti avevano invece delle ottime "casse mutue", alcune delle quali sono tutt'ora vi-

genti per poche categorie privilegiate. Ma l'idea originaria della riforma sanitaria era quella che si entrasse nel merito di un concetto di salute che non è quello troppo ampio indicato dall'OMS, per cui nessuno forse potrebbe essere definito "sano", ma comprendesse anche la tutela della salute a tutto campo. Si era infatti capito che la salute dipendeva da condizioni ambientali, economiche, culturali e genetiche (queste ultime rappresentano circa il 20-25%). Si crearono così le USSL (Unità Socio Sanitarie Locali), dopo qualche anno la parola *socio* sparì e rimasero le Unità Sanitarie Locali. Successivamente si cambiò da USL ad ASL (Azienda Sanitaria Locale) ponendo l'accento sull'aziendalizzazione, quasi che automaticamente sarebbe migliorata la qualità dei servizi sanitari erogati e la loro umanizzazione. Non si è tenuto in conto però che in questo modo tutte le condizioni sociali che caratterizzano l'evoluzione di una malattia non vengono più prese in considerazione, a scapito della tutela a tutto campo della salute di tutti. Ciò è confermato scientificamente dalla constatazione che l'aspettativa di vita media di un operaio è significativamente inferiore (15-20 anni) a quella di un dirigente aziendale. Questa è una disuguaglianza drammatica e inaccettabile.

C'è poi la questione dei tagli al SSN e ai diversi accessi alle cure: insufficienza di posti/letti, mascherine, tamponi e ventilatori. Il nostro sistema economico va cambiato alla base: bisogna investire nel pubblico, nell'educazione e nella sanità. È sufficiente osservare i numeri. Se per la Ricerca vi è stato un investimento quasi inesistente - solo dello 0,2% - tra il 2012 e il 2019 sono stati soppressi 759 reparti ospedalieri (meno 5,6%) e i posti letto sono 2,3 ogni 1.000 abitanti, contro i 3 della Francia e i 5,5 della Germania. Dal punto di vista del personale sanitario, in Italia ci sono 5,6 infermieri per 1.000 abitanti, a differenza di Germania (12,6), Francia e Regno unito (7,9). Il numero dei medici è in calo assoluto da molti anni: 3,5 medici e 5,1 infermieri per 1.000 abitanti. La terapia intensiva ha invece una disponibilità di posti pari a 2,6 ogni 1.000 abitanti (mentre in Germania 6,0; Francia 3,1 e Spagna 2,4). Nel nostro paese, infine, ci sono 25,2 Risonanze Magnetiche (RM) e 30,6 Tomografie Computerizzate (TC) per milione di abitanti; in Francia 110 RMN e 183 TC.

Intanto i numeri della pandemia continuano a crescere e la diffusione del virus continua ad accelerare. Non si tratta più solo di una crisi sanitaria, ma anche economica, sociale e in molti paesi politica. La pandemia si sta sviluppando con una doppia velocità e questo spiega anche la differenza di percezione tra i cittadini: nei Paesi che sono stati colpiti per primi ha rallentato, ma nel mondo sta crescendo più velocemente e in aree molto popolose.

Il virus, oltre a evidenziare le conseguenze di un sistema socio-sanitario ridotto all'osso, ha riportato in primo piano il tema della disuguaglianza, anche in termini di salute. Una questione da riprendere a fine emergenza, se si vuole che il diritto costituzionale al godimento di una buona condizione di salute sia davvero tutelato per tutti.

Non è vero infatti che di fronte alla malattia siamo tutti uguali. Non lo siamo mai stati. Non è vero che corriamo tutti gli stessi rischi e abbiamo tutti le stesse opportunità di curarci. Particolari categorie sociali, più fragili rispetto ad altre, sono state più a rischio e lo sono ancora oggi. Persino i lutti sofferti non sono stati i medesimi. Tra i gruppi sociali maggiormente a rischio, i detenuti occupano una posizione di primo piano. Le strutture penitenziarie possono essere epicentri per numerose malattie infettive (Dutheil, Bouillon-Minois, & Clinchamps, 2020), a causa di 3 fattori macroscopici:

1. inevitabile stretto contatto in strutture spesso sovraffollate, scarsamente ventilate e poco igieniche;
2. scarso accesso al servizio sanitario;
3. rapidissima diffusione degli agenti patogeni tra detenuti, visitatori e personale, all'interno e all'esterno della comunità carceraria.

Per questa ragione questi "non luoghi" costituiscono parte integrante della risposta della Sanità pubblica al Covid-19 (Henry, 2020; Kinner et al., 2020).

## 2. *La salute in carcere prima del Covid-19: alcune note*

Con il DPCM 1° aprile 2008 si è cercato di attuare il passaggio di competenza sanitaria dal Ministero della Giustizia al Sistema

Sanitario Nazionale. La situazione registrata dopo 10 anni si è rilevata complessa. Nel 2019 un solo medico di base in ogni carcere per ogni 315 detenuti, per un totale di 1.000 medici di base e di guardia nei 206 istituti di pena italiani. Troppo pochi per garantire un servizio adeguato. Il 70% dei medici è precario. Ovviamente, il numero varia da carcere a carcere a seconda della capienza della struttura. In alcune realtà manca addirittura il medico di base (Ansa, 19 marzo 2019).

L'esperienza della detenzione è già di per sé un rischio per la salute, per le condizioni degradate di strutture, celle e spazi comuni, per il sovraffollamento e elevato turn over delle persone detenute e quindi per il maggiore rischio di contrarre malattie infettive.

Occorre tener presente che le condizioni di vita negli Istituti di detenzione, particolarmente inadeguate per affrontare una crisi pandemica di questa portata, possono agire come fattori altamente stressanti e aggravare una situazione già critica a causa dell'isolamento forzato in un contesto di coabitazione altrettanto forzata (Camposeragna A., 2020).

Un altro elemento da sottolineare: l'età avanzata della popolazione carceraria, più suscettibile quindi alle complicazioni e al rischio di morte da Covid-19.

Tra i detenuti è maggiore:

1. La prevalenza di HIV, HCV, HBV e tubercolosi rispetto alla popolazione libera, principalmente a causa della detenzione di persone che fanno uso di sostanze stupefacenti.
2. La prevalenza di infezione da HIV, tra i detenuti è del 4,8% contro lo 0,2% della popolazione in generale.
3. L'incidenza della tubercolosi è maggiore di 23 volte rispetto a quella della popolazione in generale.
4. La probabilità di contrarre patologie anche negli individui sani.

L'aumento del rischio riguarda non solo le infezioni quali HIV e HCV, ma la possibilità di sviluppare dipendenza da sostanze psicotrope o di ammalarsi di disturbi mentali, in misura maggiore rispetto all'incidenza delle stesse patologie nella popolazione generale. Si tratta di una questione di salute pubblica: prima o poi

la maggioranza dei soggetti privati della libertà viene reintegrata nella società dei liberi (Tozzo, D'Angiolella, & Caenazzo, 2020). Il loro reinserimento da persona sana è un diritto costituzionale e un dovere civico.

Un *trial* multicentrico del 2014 ha coinvolto istituti penitenziari di sei regioni del centro nord, Toscana, Veneto, Lazio, Liguria, Umbria e Azienda sanitaria di Salerno, fotografando le condizioni di salute di circa 16.000 detenuti in 57 istituti (circa il 30% del totale nazionale degli istituti). Il 70% del campione era affetto da una qualche patologia, con differenze di genere (uomini: 67%, donne: 75% e transgender: 95,7%) ed età (18-29 anni: 58,4%; 30-39 anni: 63,9%; 40-49 anni: 70,9%; 50-59 anni: 76,7%; > 60 anni: 82,6%). Il 40% dei pazienti arruolati presentava una patologia psichiatrica (ansia, disturbo nevrotico o reazioni di adattamento, depressione), *in primis* la dipendenza da sostanze stupefacenti (cocaina: il 24% di tutto il campione). Seguivano le malattie dell'apparato digerente e, con il 14,5%, le patologie dei denti e del cavo orale.

Elevata è la concentrazione di malattie infettive (epatite C, epatite B e HIV) che colpiscono l'11,5% dei soggetti arruolati. Allarmanti sono i tentativi di suicidio e i gesti di autolesionismo: il 5% ha tentato almeno 2 volte (Ars Toscana, 2015). Tentativi di suicidio, purtroppo anche riusciti, si sono verificati anche tra il personale che opera all'interno delle carceri. Nonostante l'elevato consumo di tabacco nella popolazione carceraria (71% contro 22% della popolazione generale in Italia), i disturbi respiratori sono tra i più rari in carcere, essendo l'età media delle persone detenute relativamente bassa. Dunque, l'assistenza sanitaria penitenziaria è prevalentemente orientata alla cura delle dipendenze e dei disturbi psichici, e di patologie frequenti nella popolazione carceraria come epatite, HIV, tubercolosi e malattie a trasmissione sessuale (Gainotti, Petrini 2019, 138).

Studi più recenti, che fotografano l'intera situazione nazionale, indicano l'altissima percentuale di malati di Epatite C, l'infezione maggiormente presente nella popolazione detenuta in Italia, anche per l'elevata presenza di soggetti tossicodipendenti. Sono affetti da epatite C tra il 25 e il 35% dei detenuti italiani (i 25 mila e i 35mila detenuti l'anno).

A questi si aggiungono 6.500 portatori attivi del virus dell'epatite B. I soggetti HIV sono invece circa 5.000, in discesa rispetto a 15 anni fa grazie all'assunzione di farmaci antiretrovirali. La loro prevalenza è discesa infatti dal 8,1% del 2003 al 1,9% attuale (Ekuo News, 2020). Il dato è certamente positivo in termini di salute, anche psicologica. Infatti, la paura dell'HIV e dell'AIDS e lo stigma sociale associato alla condizione di sieropositività (o al sospetto di infezione) hanno effetti negativi sugli individui e minano il successo delle risposte alle stesse patologie, nello scoraggiare i detenuti nell'accesso volontario al test per l'HIV o per i positivi nel richiedere i servizi di assistenza sanitaria. Nel combattere lo stigma e la discriminazione connessi con l'HIV e l'AIDS in carcere è perciò importante proteggere i diritti dei detenuti che vivono con l'HIV e accrescere l'efficacia dei servizi, oltre che ridurre i comportamenti a rischio tramite efficaci campagne interne di sensibilizzazione e formazione tra i detenuti (Lines, 2007, 26-27; Ciccarese et al., 2020, 390).

Tra la popolazione anziana carceraria italiana invece, uno studio del 2017 ha selezionato carceri di Bari, Taranto, Foggia, Lecce, Bergamo, Cremona e Mantova, rilevando che il 64% del campione non si trovava in stato di salute ottimale. Tra le patologie più frequenti, quelle cardiache (23.4%), dismetaboliche (diabete) (12,8%) e quelle che necessitano interventi chirurgici (9,6%) (Romano et al., 2020).

## 3. *Carcere e Covid-19*

La domanda che mi sono sempre posto in questi anni è: il carcere di per sé è patogeno oppure non patogeno? Se io prendo in considerazione la definizione dell'OMS e dovessi fare un'esposizione del concetto di dignità e salute, ribadisco che non ci può essere salute senza dignità. Inoltre la dignità si riferisce sempre all'essere umano anche se appartiene a tutti gli esseri viventi e dipende dalla dignità dall'ambiente in cui una persona vive.

Il carcere fa ammalare, è patogeno? Ci sono degli effetti dell'ambiente che intervengono fatalmente sulla persona facendola amma-

lare? Si può essere sani di mente in carcere? Sono interrogativi socio-culturali e clinici ai quali antropologi e studiosi tentano da tempo di dare una risposta. Spesso sono gli effetti del proprio ambiente ad intervenire fatalmente sulle singole persone recluse. Scriveva Victor Serge «che un detenuto, già dopo la prima ora di carcere, è una persona mentalmente squilibrata» (Serge V., Paris 1980). Noi pensiamo che molte persone siano sane nella misura in cui i test ematochimici che si eseguono (come ad esempio la glicemia, le transaminasi, etc) siano all'interno di alcuni parametri cosiddetti di "normalità". Ma veramente possiamo definire sana quella persona? Si dice che una delle opportunità del carcere consista nella possibilità di utilizzare il tempo e lo spazio affinché queste persone possano fare degli screening medici ma anche studiare e lavorare, perché senza cultura, senza istruzione e senza lavoro non c'è salute.

Da incontri che ho avuto sia nel carcere di Regina Coeli con gli operatori sia in quelli di Rebibbia con persone detenute è nata la domanda:

*"Perché non fare uno screening oncologico in carcere a tutti?"*

Abbiamo messo in opera questi principi con lo screening anticorpale per il Covid-19 sulle persone senza fissa dimora, sui migranti e sui rom nel periodo della pandemia. A questo proposito Roma è stata suddivisa in tre zone: Tor Bella Monaca, Stazione Termini e colonnato di San Pietro. Abbiamo riscontrato che questi soggetti sono stati marginalizzati violentemente durante la crisi del Covid-19 e non hanno avuto alcuna possibilità di essere seguiti, accolti e curati. Ricordo che l'obiettivo principale di un servizio sanitario è quello di accogliere le persone e poi curare le malattie e restituire salute e dignità alle persone malate. Ci siamo accorti che moltissimi di loro, pur avendo il tampone negativo, avevano un'alta concentrazione di anticorpi anti SARS-COV-2 IgG e IgM a dimostrazione che essi erano stati contagiati e malati senza che nessuno li avesse presi in cura. Ritornando alla citazione di Serge («un detenuto, già dopo la prima ora di carcere, è una persona mentalmente squilibrata»), anche l'OMS conferma il disturbo psichico come la patologia più frequente in carcere, mentre dal punto di vista strettamente nazio-

nale più di un detenuto su 4 è in terapia psichiatrica (con una media del 27,6%). In alcuni istituti addirittura "quasi tutti", secondo i dati riportati nel XVI rapporto di Antigone. Una fotografia delle carceri italiane prima del Covid-19. Sono elementi preoccupanti: nel carcere di Spoleto risultava in terapia il 97% dei reclusi, a Lucca il 90% mentre a Vercelli l'86%. La presenza di psichiatri in questi istituti era garantita di media per 7,4 ore settimanali (ogni 100 detenuti), mentre gli psicologi risultavano presenti per una media di 11,8 ore settimanali (ogni 100 detenuti). In 19 degli istituti visitati era presente un'articolazione per la salute mentale (Antigone, 2020).

L'emergenza sanitaria da Covid-19 si innesca quindi in un contesto precario, ove i numeri e la qualità dei servizi non sono incoraggianti. La possibilità di rispettare una tra le più importanti norme di sicurezza, il distanziamento sociale, si scontra con il gravissimo ed atavico problema del sovraffollamento. Secondo i rapporti di Antigone, la pandemia inizierebbe con un tasso di sovraffollamento del 130,4%, in alcuni casi persino 12 detenuti per singola celle, mentre in altri si segnalava la violazione del criterio dei 3mq a detenuto (Antigone, 2020, p. 3). Una situazione che dura da anni, se nel 2013 la Corte Europea condannava l'Italia per trattamenti disumani e degradanti proprio a causa delle sue strutture drammaticamente sovraffollate. Un ultimo dato: allo scoppio del Nuovo Coronavirus, i detenuti erano 61.230 a fronte di una capienza regolamentare di 50.931 posti. Quelle di Taranto, Larino e Latina erano le carceri a maggior rischio di contagio.

In un panorama come questo è utile ricordare i 4 articoli della nostra Costituzione, assolutamente rilevanti nell'esperienza delle carceri italiane.

- Articolo 3: *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.*

- Articolo 13: *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 e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.*

- Articolo 27: *La responsabilità penale e personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte.*

- Articolo 32: *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*

Il principio di equivalenza delle cure è un concetto presente in numerose dichiarazioni nazionali e internazionali sui diritti delle persone private della libertà ed è, come è stato fatto notare di recente, insito nell'idea di diritto alla salute come diritto inalienabile di ogni persona, indipendentemente dalla condizione di libertà o detenzione, così come esso è sancito dall'art. 32 (Gainotti, Petrini 2019).

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

La letteratura internazionale "*Basic Principles for the Treatment of Prisoners*", *Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/111 of 14 December 1990*, ricorda che:

- tutti i detenuti devono essere trattati con rispetto per la loro intrinseca dignità e valore come esseri umani;
- non devono esserci discriminazioni fondate su razza, colore della pelle, sesso, lingua, religione, opinioni politiche o di altro tipo, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altro *status*.

## 4. *Gestione dell'emergenza sanitaria negli istituti penitenziari durante il Covid-19*

Le carceri italiani non sono state focolai epidemici. Anzi, i dati hanno fotografato un numero di contagi in linea, se non inferiore, rispetto agli altri paesi europei.

Secondo il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà, al primo maggio 2020 erano stati registrati 159 casi di Covid-19 tra i detenuti italiani e 215 tra il personale penitenziario. È anche sorto il problema che non esistono dati pubblici sul numero di tamponi eseguiti nei detenuti (De Fazio, 2020).

Le strategie messe in atto per preservare i luoghi penitenziari – potenzialmente "*epidemic bombs*" (Cingolani, Caraceni, Cannovo, & Fedeli, 2020) – si snodano lungo la dicotomia "*in and out*": regolamentazione della socialità (già precaria) all'interno e limitazione del contatto (anch'esso assai delicato) con l'esterno.

Se ragioni strutturali e contingenti, hanno reso quasi impossibile rispettare le tradizionali misure di contenimento (distanziamento fisico, quarantena volontaria per casi sospetti, isolamento sanitario per i positivi), cui va aggiunta la quasi totale mancanza di materiale di protezione, mascherine, disinfettanti, guanti etc. (Burki, 2020; Cingolani et al., 2020), sono state attivate misure straordinarie, sia per il personale penitenziario sia per i detenuti, che se da un lato hanno limitato ancora più i diritti dei cittadini ospitati all'interno di queste strutture, dall'altro hanno minato i particolari equilibri dell'intero sistema penitenziario nazionale. Le proteste scoppiate in tutta Italia in piena pandemia da Covid-19 sono nella memoria di tutti. Nonostante le circolari provenienti dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP), a tutt'oggi la vita normale in carcere non è ancora ripresa, i colloqui del detenuto con i familiari si sono ridotti in gran numero e si svolgono con un vetro divisorio e con il citofono come nel 41-*bis* o.p.

In questo quadro si deve sottolineare la condizione dei detenuti psichiatrici e tossicodipendenti che presentano notevoli difficoltà nel ricevere le cure anche se seriamente malati. Queste persone avrebbero bisogno di essere altrove per poter accedere alle cure più complete, invece sono impossibilitati ad avere una continuità

diagnostico-terapeutica con psicologi, psichiatri ed assistenti sociali. Anche i magistrati di sorveglianza devono agire sempre nel rispetto della tutela della salute dei detenuti, indipendentemente dalle condanne comminate agli stessi detenuti.

Purtroppo assistiamo sempre più a suicidi sia da parte dei detenuti sia da parte di agenti penitenziari, come nel caso dell'episodio avvenuto il 4 agosto scorso, quando un agente si è tolto la vita: era in servizio nel carcere di Latina, una delle più affollate d'Italia, ed è il quarto suicida fra gli agenti penitenziari. La sospensione delle visite da parte di parenti e familiari, così come di tutte le attività esterne e ricreative si è rivelata una misura obbligata di protezione collettiva, costituendo, se si vuole indicare una positività in questo contesto, anche una "sfida tecnologica", con l'acquisto di dispositivi mobili e l'attivazione di canali di videoconferenza con i quali i detenuti sono potuti entrare in contatto con i propri familiari e i propri legali in modalità controllata. Dall'8 marzo le visite sono state sostituite da un numero di telefonate mensili e da videochiamate su diverse piattaforme digitali. L'introduzione di questi strumenti tecnologici non è stata omogenea. In alcune strutture si è ricorso a *smartphone* acquistati apposta. È un segnale: nessuno si era mai posto il problema di Internet all'interno delle carceri (Scandurra, 2020). Come ha spiegato Ornella Favero, Direttrice di Ristretti, «le videochiamate sono state una cosa bellissima, perché c'erano persone che non facevano i colloqui con i familiari nemmeno prima. Quindi hanno potuto rivedere parenti lontani: qualcuno ha visto la madre dopo anni, magari perché vive in un'altra parte d'Italia o più spesso all'estero» (Favero, 2020). L'auspicio è che questa novità nata in un momento di crisi consenta il ripensamento delle criticità all'interno delle strutture carcerarie e si faccia motore di un rinnovamento anche digitale che ponga queste strutture al passo con i tempi, anche in situazioni non sospette. Non significa uso permanente della telemedicina: la tecnologia non può sostituire il contatto medico – paziente. Il rischio è sempre l'abuso (Gunn, 2020). Però l'utilizzazione di piattaforme tecnologiche come la telemedicina può rappresentare una buona modalità per seguire l'evoluzione di una patologia, dopo che la prima visita sia stata eseguita dal vivo, con un contatto diretto con la persona malata.

Le iniziative del governo non hanno portato ad una soluzione idonea a risolvere i problemi. Una possibilità sarebbe quella di introdurre un piano di scarcerazione che rilasci quei detenuti che scontino condanne brevi per reati non violenti, oppure quelli vicino alla fine della pena e quelli in condizioni di salute precaria. Attraverso questi interventi si potrebbe raggiungere l'obiettivo di ridurre la popolazione carceraria di circa 9 - 10 mila detenuti, migliorando così la situazione all'interno delle carceri. Ciò sarebbe giusto sia per chi lavora all'interno delle carceri sia per i detenuti, occorre agire prima possibile poiché il rischio di un eccessivo ritardo potrebbe essere l'agitazione negli istituti penitenziari e l'aumento di persone detenute malate. Solo in questo modo ci potrebbe essere una vera e propria ripartenza, offrendo dignità e salute a tutti.

## 5. *Alcune considerazioni conclusive*

Affermava Fëdor Dostoevskij che il grado di civiltà di una Nazione si misura entrando nelle sue prigioni (Tozzo et al., 2020).

Oltre a risolvere i problemi antichi del sistema carcerario italiano, ripartendo da una nuova idea di *spazio*, occorre ritornare al rapporto tra medico e persona malata e ripensarlo alla luce delle dinamiche relazionali dell'ascolto e dell'accoglienza. Una delle domande che mi sono posto è se in carcere sia possibile realizzare la Medicina Narrativa, attraverso la quale avere cognizione di tutti i particolari (ambientali, sociali, relazionali) della vita della persona malata in modo da poter disporre di più elementi per la diagnosi. La paura del Covid-19 nelle carceri può essere di stimolo non solo per la cura delle persone recluse ma anche per una ricerca volta a stabilire, ad esempio, perché alcune persone sono suscettibili al virus ed altre no.

L'accoglienza e il dialogo possono infatti, in determinate e favorevoli condizioni, fornire un supporto fondamentale, specie laddove subentrino problematiche assai frequenti come quelle di natura psicologica.

Il personale sanitario non dovrebbe mai perdere di vista la persona detenuta come *persona* malata: il primo dovere verso ogni ele-

mento dell'istituto penitenziario è di natura clinica. Il giuramento di Atene del 1979 dello *International Council of Prison Medical Services* lo indica a chiare lettere:

*We, the health professionals who are working in prison settings, meeting in Athens on September 10, 1979, hereby pledge, in keeping with the spirit of the Oath of Hippocrates, that we shall endeavour to provide the best possible health care for those who are incarcerated in prisons for whatever reasons, without prejudice and within our respective professional ethics*.

In termini operativi, la tutela della salute delle persone detenute o private della libertà deve ovviamente passare da una maggiore disponibilità di metodiche diagnostiche e trattamenti specifici: una campagna di vaccinazioni, dovrebbe essere seguita da uno studio critico-epidemiologico delle singole realtà penitenziare. Parallelamente, l'investimento deve essere di tipo socio-culturale. Investire nella persona, nel potenziamento dell'identità e nella sua formazione in una prospettiva che deve abolire il paternalismo e porsi nell'ottica dell'ascolto e della condivisione, in una crescita globale che preveda la valorizzazione delle differenze e delle competenze.

Complessivamente è vero che i laureati in carcere sono progressivamente aumentati nel corso degli anni: nel 2005 il numero era 565, di contro ai 705 del 2019; ma è vero anche che è aumentato il numero complessivo degli analfabeti, dagli 852 del 2005 ai 1.054 del 2019.

Investire nella formazione della persona all'interno del carcere e insistere in una rinnovata cultura della legalità anche all'interno delle scuole, con specifiche campagne di sensibilizzazione: misure preventive che includano quindi l'offerta di informazione, l'educazione, campagne di screening e contro i comportamenti considerati a rischio (Niveau 2007, Gainotti 2019). Inoltre, una prospettiva transculturale più che multiculturale deve innescarsi nella formazione del personale penitenziario, sempre più a contatto con detenuti provenienti da tutte le parti del mondo.

Occorre uno sguardo che vada al di là del momento contingente, ma che sia invece proiettato al futuro. Spesso si dimentica che la maggior parte degli Istituti penitenziari accoglie uomini e

donne che, scontata la propria pena, rientreranno nella società civile. Le istituzioni dovrebbero garantire a tutte le persone detenute possibilità di un lavoro adeguatamente retribuito e corsi di alfabetizzazione, istruzione, lingua per stranieri e formazione professionale, adeguati alle esigenze del mercato di lavoro. Sarebbe importante che i detenuti mantenessero dei legami con il mondo esterno, ad esempio attraverso stampa e mezzi di informazione, oppure seguendo particolari attività artistiche o culturali, in modo da favorirne un reinserimento positivo.

Dal punto di vista strettamente operativo l'esperienza pandemica ha indicato le potenzialità di una tecnologia impiegata anche per scopi alternativi. Su un piano socio-economico lo sfruttamento di queste opportunità può operare nella direzione positiva di un superamento di quel *digital-divide* spesso indicato come un discrimine politico tra ricchi e poveri.

Non si tratta solo di avere parametri ematologici o di laboratorio nella norma per considerarsi sano. La salute è una realtà assai più complessa e il carcere è il luogo meno salubre nell'accezione più vasta del termine.

Garantire la tutela della salute di tutti è un dovere e anche l'efficacia della prossima campagna di vaccinazione per il Covid-19 dipenderà dalla sua universalità, come si legge nella lettera manifesto che Muhammad Yunus – Nobel per la pace nel 2006 – ha rivolto mesi fa ai leader mondiali. Il tema dell'universalità, tanto richiamato in questi mesi, dovrebbe farci riflettere. Ci interessiamo di malattie soprattutto se colpiscono noi stessi. Se non colpiscono noi, benché viviamo in un mondo fortemente globalizzato ed interconnesso, comunque non ce ne interessiamo. La dimostrazione è che premi Nobel, giornalisti, scrittori, intellettuali hanno firmato l'appello perché se si dovesse arrivare ad un vaccino esso possa essere distribuito gratuitamente a tutti e non solo ai paesi più sviluppati, perché c'è una "corsa all'oro".

Mi sono sempre meravigliato del fatto che questo stesso mondo intellettuale non abbia mai lanciato un appello per il vaccino contro la malaria, la schistosomiasi, l'oncocerchiasi, la lebbra o la leishmaniosi che sono malattie che colpiscono oltre 500 milioni di persone. Solo per malaria muore circa 1 milione e mezzo di persone all'anno.

Siamo di fronte ad una totale incapacità di analizzare in maniera scientificamente valida fenomeni complessi in cui ciascuno ha cercato di metterci del proprio assolutamente in chiave antiscientifica e di anti verità. C'è una sorta di disinformazione, un aumento di notizie in gran parte non vere o verosimili che determina ancora più paura. Evidentemente questo stato di cose fa il gioco di qualcuno che mira a tenere il paese in scacco con la paura su qualunque problema che deve essere affrontato. Noi non dobbiamo "combattere" contro il virus, anche perché i virus ed i batteri sono le prime forme di vita che sono sorte sul pianeta intorno a 3 miliardi di anni fa e non hanno causato alcuna malattia fino a 10 mila anni fa, allorché con l'aumento della popolazione si sono affacciate alcune malattie attribuibile a questi organismi.

Questo non è il tempo di combattere ma è il tempo della cura, è il tempo di prenderci cura, è il tempo di ripensare ad un servizio sanitario che all'interno ed all'esterno deve mettere al centro del suo impegno la persona malata con approccio olistico. Ad esempio è inutile chiedere una serie di esami ematochimici e strumentali in gran parte inappropriati a persone che hanno bisogno semplicemente di parlare e di comunicare. E mi sembra inappropriato, ad esempio, che nelle sale di rianimazione possano entrare le troupe televisive e non i parenti delle persone degenti che potrebbero, con tutte le precauzioni necessarie e i dispositivi di protezione individuale, confortare con una carezza e stare umanamente vicini alla persona malata. Se non siamo in grado di offrire un servizio sanitario che ponga al centro l'ammalato come persona come possiamo pensare che si possa organizzare in maniera adeguata l'assistenza all'interno delle strutture particolarmente complesse quali le RSA (residenze sanitarie assistenziali) e le REMS (residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza)? Talvolta queste strutture sono al centro di rilevanti interessi economici da parte di gruppi ai quali abbiamo delegato l'assistenza pur non avendo essi una visione solidaristica della salute.

Quando la salute diventa una "merce", essa non è più un "interesse pubblico" e si dà spazio invece alla monetizzazione e alla "mercificazione" della salute e della dignità delle persone. Con questa logica durante la pandemia Covid-19 sono usciti farmaci che "fanno miracoli", tutti sono pronti a distribuire gratuitamente

in una fase iniziale i loro farmaci, tutti dichiarano che il vaccino sarà a disposizione di tutti. Ma preoccupa il fatto che è fallita l'indagine di siero-prevalenza in tutta Italia perché le persone non accettano di sottoporsi a test perché se positivi devono poi aspettare una due settimane per avere il tampone. Si è così passati da 300 mila soggetti previsti per l'indagine di siero-prevalenza a 150 mila e poi si è passati a 60 mila. Si è dimostrato con questa indagine parziale che il numero di soggetti che sono entrati in contatto con il virus ed hanno prodotto anticorpi è certamente maggiore del numero dei soggetti che sono positivi al tampone.

Il carcere deve essere un luogo per migliorare la qualità della dignità della salute di tutti, delle persone che sono costrette a viverci, dei detenuti, di tutte le persone che ivi operano, attraverso la ricerca scientifica e le indagini clinico-epidemiologiche.

Il mondo clinico scientifico e politico istituzionale non ha percepito che una persona detenuta che perde la vita è una sconfitta per tutti. Non si può dire che il carcere sia produttore di malattia, ma il numero di suicidi è molto elevato. Bisogna garantire la salute dei più fragili, delle persone che non hanno possibilità di sottoporsi ad esami, perché questa è l'unica alternativa.

Forse il coronavirus ha squarciato il velo di Maia, ed è ora lo specchio che riflette la nostra incapacità di rispettare tutti gli esseri viventi, l'attenzione nei confronti di tutto ciò che ci circonda. Abbiamo perso, in definitiva, quel senso mistico di fronte all'infinità bellezza del pianeta. Sappiamo che questa pandemia non sarà l'ultima. Sono oltre 1,6 milioni le specie virali sconosciute in mammiferi e uccelli, di cui 700 mila avrebbero il potenziale per innescare una nuova zoonosi, un nuovo salto di specie pronto ancora a metterci in ginocchio. Non siamo ancora capaci di prenderci cura di tutto il "creato". Consideriamo le persone, gli animali e le foreste, materie prime per la nostra sopravvivenza. L'umanità fatica a rendersi conto che l'attenzione al pianeta deve essere la stessa che noi medici abbiamo per il corpo umano, che è uguale per tutti. Ci manca la sollecitudine e la tenerezza di un abbraccio gratuito. Se vogliamo garantire la salute di un paese dobbiamo partire dalle fasce più marginali, più fragili, perché sono quelle più a rischio. Non è solo una questione di solidarietà o civiltà: è una scelta scientifi-

ca, un'idea clinica, di epidemiologia e di politica sanitaria, perché un paese dove le persone sono malate è destinato al sottosviluppo economico, oltre che all'aridità dell'anima.

Mi piace chiudere con le parole di una grande poetessa del Novecento, Alda Merini: «le mie impronte digitali prese in manicomio hanno perseguitato le mani come un rantolo che salisse la vena della vita, quelle impronte digitali dannate sono state registrate nel cielo e vibrano insieme ahimè alle stelle dell'Orsa (Maggiore)».

*References*


Ansa (19 marzo 2019), *Nelle carceri italiane 1 medico ogni 315 detenuti*, in *Benessere E Salute.*

Antigone (2020), *Il carcere al tempo del coronavirus. XVI rapporto di antigone sulle condizioni della detenzione. cartella stampa*, Associazione Antigone, Roma, 1-8.

Antigone (2020b), *Il carcere al tempo del coronavirus. XVI rapporto di antigone sulle condizioni della detenzione*, Associazione Antigone, Roma.

Akiyama J., Spaulding Anne C., Rich J., *Flattening the Curve for Incarcerated Populations - Covid-19 in Jails and Prisons*, in *N Engl J Med*, 382 (22): 2075-2077.

Brandy F. Henry (2020), *Social Distancing and Incarceration: Policy and Management Strategies to reduce Covid-19 Trasmission and Promote Health Equity Trough Decarceration*, in *Health Education &Behavior*, 47(4): 536-539.

Burki T. (2020), *Prisons are "in no way equipped" to deal with Covid-19*, in *Lancet*, 395 (10234):1411-1412.

Camposeragna A. (2020), *Un altro effetto di cobid-19: Accendere le luci sulla situazione carceraria italiana*, in *Recenti Prog Me*, 111: 287-289.

Caputo F. et al. (2020), *Covid-19 emergency in prison: current management and forensic perspectives*, in *Medico-Legal Journal*, Online ahead of print.

Caputo G, Di Mase D. (2013), *Lo straniero in carcere. Il carcere degli stranieri: problematiche e aspetti gestionali nella pratica ope-*

*rativa della polizia penitenziaria. Essere stranieri in carcere: profili di gestione e linee di intervento*, in *giustizia.it* (23.09.2020).

Ciccarese G. et al., (2020), *Sexually transmitted infections in male prison inmates. Prevalence, level of knowledge and risky behaviours*, in *Le Infezioni in medicina*, 3: 384-391.

Cingolani M., Caraceni L., Cannovo N., Fedeli P. (2020), *The Covid-19 epidemic and the prison system in italy*, in *Journal of Correctional Health Care: The Official Journal of the National Commission on Correctional Health Care*, XX(X): 1-8.

Fabi F., Rossi C., *Dato epidemiologico in ambito penitenziario e nella giustizia penale italiana. Che cosa ci dice?*, in Mancinelli R, et al. (eds), *Rapporti ISTISAN. Salute nella polis carceraria. Evoluzione della medicina penitenziaria e nuovi modelli operativi*, Roma, 121-134.

Dutheil, F., Bouillon-Minois, J. B., & Clinchamps, M. (2020), *Covid-19: A prison-breaker?*, in *Canadian Journal of Public Health = Revue Canadienne De Sante Publique*, 111(4): 480-481.

Gainotti S., Petrini C. (2019), *Principi di Equivalenza delle cure e il diritto alla salute in ambito*, in Mancinelli R, et al. (eds), *Rapporti ISTISAN. Salute nella polis carceraria. Evoluzione della medicina penitenziaria e nuovi modelli operativi*, Roma, 135-144.

Gulati G. et al. (2020), *Prisons and the Covid-19 pandemic*, in *Irish Journal of Psychological Medicine*, 1-2.

Gunn J. (2020), *Telemedicine in Prisons: a Crime in Mind perspective*, in *Crim Behav Health*, 30: 65-67.

Henry, B. F. (2020), *Social distancing and incarceration: Policy and management strategies to reduce Covid-19 transmission and promote health equity through decarceration*, in *Health Education & Behavior: The Official Publication of the Society for Public Health Education*, 47(4): 536-539.

Lines R. (2007), *Infezione da HIV e diritti umani nelle carceri*, in Moller A. et al. (eds) *Salute in carcere. Guida dell'OMS sugli aspetti fondamentali della salute nelle carceri*, Milano: Cis Editore, 23-35.

Malta G., Zerbo S, Argo A., *The risk of the "prison-emptyng" effect in Italy due to Covid-19 pandemic* in *Medico-Legal Journal*, 88(2): 103-104.

NIVEAU G. (2007), *Relevance and limits of the principle of "equivalence of care" in prison medicine*, in *J Med Ethics*, 33: 610-3.

OKANO J T, BLOWER S. (2020), *Preventing major outbreaks of Covid-19 in jails*, in *Lancet*, 395 (10236): 1542-1543.

KINNER, S. A., YOUNG, J. T., SNOW, K., SOUTHALAN, L., LOPEZ-ACUÑA, D., FERREIRA-BORGES, C., O'MOORE, É. (2020), *Prisons and custodial settings are part of a comprehensive response to Covid-19*, in *The Lancet. Public Health*, 5(4): e188-e189.

SERGE V. (1980), *Les hommes dans la prison*, in AA. VV., *Les révolutionnaires*, Paris: s.e.

TOZZO, P., D'ANGIOLELLA, G., & CAENAZZO, L. (2020), *Prisoners in a pandemic: We should think about detainees during Covid-19 outbreak*, in *Forensic Science International Synergy*, 2: 162-163.

YANG H, THOMPSN JR. (2020), *Fighting Covid-19 outbreaks in prisons* in *BMJ*, 362: m1362.

# *Notizie sugli Autori*

Pietro Buffa, Provveditore dell'Amministrazione Penitenziaria, Regione Lombardia

Riccardo De Vito, Magistrato di sorveglianza, Tribunale di Sassari; Presidente "Magistratura democratica"

Patrizio Gonnella, Ricercatore di Filosofia del diritto, Università degli Studi «Roma Tre»; Presidente Associazione "Antigone"

Aldo Morrone, Medico e Direttore scientifico dell'Istituto dermatologico San Gallicano IRCCS, Roma

Mauro Palma, Presidente del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale

Marco Ruotolo, Professore ordinario di Diritto costituzionale e Direttore del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi «Roma Tre»

Giuliano Serges, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre»

Silvia Talini, Ricercatrice di Diritto costituzionale e Coordinatrice didattico-scientifica del Master in "Diritto penitenziario e Costituzione", Università degli Studi «Roma Tre»

Collana Diritto penitenziario e Costituzione

1. M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, 2014, II ed.
2. M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, 2014
3. P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, 2014
4. C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2015
5. M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, 2016
6. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, 2017
7. S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, 2018
8. M. Ruotolo (a cura di), *Informazione e giustizia penale*, 2019
9. M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, nuova edizione (2 voll.), 2019

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
presso la Vulcanica srl – Nola (Na)