



Olivia Pini*

Magistratura, politica e interpretazioni della Costituzione A margine dell'emergenza penitenziaria nel corso dell'epidemia coronavirus**

SOMMARIO: 1. Coordinate concettuali. – 2. Emergenza sanitaria, Costituzione e carcere. – 3. Simbolismo penale e tensioni fra poteri. – 3.1. Procure «contro» giudici? – 3.2. (segue) Magistratura, politica e dialettica tra poteri. – 4. Considerazioni di sintesi.

1. Coordinate concettuali

Appare difficile negare che le riforme giuspenalistiche, ed in particolare le questioni penitenziarie e carcerarie, abbiano assunto nel momento presente connotazioni e tinte fortemente ideologiche, al punto che su di esse sembrano giocarsi in buona parte la credibilità ed il futuro di esecutivi e correnti politiche; altrettanto indubbia, peraltro, è la rilevanza istituzionale di questi temi, trattandosi di un ideale *playing field* nel quale si fronteggiano principi costituzionali di rango supremo, oggetto di un ineludibile quanto delicato bilanciamento.

Si ha peraltro l'impressione che la complessità sottesa a tali questioni venga in parte offuscata da recenti direttrici evolutive di stampo marcatamente securitario interne al sistema penalistico e a quello penitenziario, che sfruttano l'insicurezza sociale quale connettore di consenso¹, non di rado adiuuate da derive sensazionalistiche dei mezzi di

* Dottore di Ricerca in Diritto amministrativo presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Si parla in dottrina di «diritto dell'insicurezza sociale» per identificare alcune tendenze legislative a rispondere con politiche penali improntate in senso fortemente repressivo al substrato di vulnerabilità e incertezza che va diffondendosi sempre di più nel tessuto sociale. La descritta percezione collettiva va con ogni probabilità ricondotta anche all'incapacità mostrata dallo Stato nel farsi carico (anche economico) di generalizzate politiche sociali, culminata nella crisi del cd. Welfare State; così la domanda della società tende oggi a concentrarsi in prevalenza sulla tutela e garanzia dell'incolumità personale, che divengono fonte di legittimazione dell'intervento pubblico. Su tali temi si vedano, tra i molti, G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione giustizia*, 27 giugno 2014, www.questionegiustizia.it; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009, 173 ss., *passim*; V. BALDINI, (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005. Sul tema della sicurezza, più in generale, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2015, in www.rivistaaic.it; A. D'ALIOIA, *La sicurezza tra i diritti*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 1091 ss.; G. CERRINA FERONI – G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, 31

comunicazione, divenuti ad un tempo strumento e sede privilegiata per alimentare timori nell'opinione pubblica e diatribe tra i protagonisti del dibattito². Questioni delicate, la cui definizione richiederebbe la sorvegliata ricerca di un equilibrio, vengono di frequente consegnate senza filtro all'opinione pubblica e riduttivamente relegate alla dicotomia manichea tra garantismo e giustizialismo, in un contesto in cui il diritto penale è sempre più presente e pervasivo nell'esistenza della collettività, tanto da poter essere definito diritto penale «totale»³.

La recente emergenza sanitaria ha peraltro messo in luce alcuni punti critici nei rapporti tra i poteri dello Stato, e opposte interpretazioni del testo della Costituzione su un tema di rilievo come lo statuto del reo detenuto in carcere: sono infatti in discussione l'estensione della garanzia della sua sfera personale, ed in particolare del suo diritto alla salute, a fronte delle esigenze di sicurezza, e la finalità prioritariamente rieducativa della pena stessa *ex art. 27, comma 3, Cost.* a fronte degli altri possibili scopi (repressivo, deterrente ecc.) a cui essa può contestualmente tendere⁴.

I fondamentali principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. impediscono di considerare il carcere come luogo in cui possano essere negate le garanzie essenziali della dignità personale; al contempo, tuttavia, si prospetta l'esigenza di individuare proporzionate restrizioni ai diritti del recluso in ragione della sua (concreta) pericolosità sociale e delle conseguenze che da essa discendono, a tutela della sicurezza collettiva. Se è innegabile che l'art. 27, comma 3, Cost. richiami una concezione della pena attenta all'obiettivo rieducativo e di risocializzazione, è pur vero che, nella contingenza di specifiche emergenze politico-criminali, affiorano istanze di protezione sociale percepite come indifferibili dalla generalità

ss.; T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue dimensioni costituzionali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2008; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, Giappichelli, 2006, 138 ss.; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA – M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, Franco Angeli, 2001, 19 ss.

² Si v. già G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 57 ss.

³ F. SGOBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, il Mulino, 2019, che sottolinea l'esistenza di fonti d'intervento punitivo tanto *disseminate* quanto *socialmente diffuse*; sulla ipertrofia del diritto penale v. già ID., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, il Mulino, 1990, part. 11 ss.

⁴ Su un piano concettuale non sembra possibile negare la natura «polifunzionale» della pena, ossia la pluralità di molteplici significati e scopi sussumibili all'interno di tale concetto, mentre può apparire maggiormente complesso verificare se tale coesistenza sia orientata da una gerarchia interna o presupponga priorità di volta in volta declinate in ragione del caso concreto. Eppure, è altrettanto indubbio che l'art. 27, comma 3, Cost. espressamente privilegi la sola finalità 'rieducativa', indissolubilmente legata all'umanità e dignità del trattamento; nella fondamentale sentenza 2 luglio 1990, n. 313, quale monito al Legislatore e al giudice penale, la Corte costituzionale ha peraltro avuto cura di sottolineare come il rilievo espressamente attribuito alla sola finalità rieducativa imporrebbe una considerazione di quest'ultima in tutte le fasi del ciclo punitivo. Per un approfondimento sul tema v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2018, 9 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014, 802 ss.; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1961), ora in ID., *Scritti giuridici*, I, tomo II, Milano, Giuffrè, 1997, 1361 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979, 97 ss.

A commento della richiamata disposizione costituzionale si vedano, almeno, G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro it., 1991, 222 ss., part. 285 ss.; M. D'AMICO, *Sub art. 27*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, I, 565 ss.; si vedano anche M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale scientifica, II ed., 2014, 38 ss.; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2013.

dei consociati, che portano ad accentuare la connotazione repressivo-dissuasiva delle pene e del regime carcerario.

La giurisprudenza della Corte, ispirata anche dalla giurisprudenza di Strasburgo⁵, sembra seguire in tal senso sviluppi di segno inverso a quelli della legislazione: a fronte di un progressivo irrigidimento legislativo del regime penitenziario la Consulta ha operato per smantellarne gli automatismi e le preclusioni, riconsegnando il giusto ruolo valutativo alla magistratura di sorveglianza nella definizione del percorso più confacente ad ogni singolo reo, sulla base delle peculiarità del caso concreto e con l'obiettivo prioritario di assicurare per quanto possibile la risocializzazione del condannato, in coerenza con la Costituzione⁶.

Molto distante dal predetto universo concettuale si colloca invece una delle vicende maggiormente discusse delle ultime settimane, ossia quella che in ragione dell'emergenza Covid-19, e a seguito di alcuni gravi disordini all'interno delle carceri italiane ad essa collegati, ha portato la magistratura di sorveglianza ad accordare per ragioni di salute il differimento della pena, o la trasformazione della stessa in espiazione domiciliare, ad alcuni detenuti in regime di alta sicurezza detentiva e/o di cd. 41-*bis*⁷: ciò ha scatenato reazioni di durissima condanna da parte di opinione pubblica, esponenti della stampa e uomini delle istituzioni, per placare le quali si è reso necessario l'intervento del Governo con l'emanazione di due decreti-legge su iniziativa del Ministro della Giustizia, presentati con il dichiarato fine di smentire il presunto allentamento della repressione pubblica dei fenomeni più gravi di criminalità organizzata. A tal proposito, tanto le proteste quanto la soluzione legislativa ad esse proposta paiono aver acuito latenti tensioni fra politica e magistratura, ponendo peraltro in secondo piano il quadro costituzionale di tutela tanto delle alte sfere istituzionali quanto dei diritti e delle libertà dei reclusi.

In questo senso il caso in esame è emblematico del grave disvalore istituzionale che può accompagnare ogni forzatura ideologica e degli esiti indesiderati di certe invadenze

⁵ Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come è noto, «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani e degradanti»: la giurisprudenza della Corte EDU ha costantemente interpretato questo principio affermando la necessità di pene proporzionate e finalizzate ad un reinserimento del condannato, anche quando perpetue. In tal senso si vedano, *ex multis*, Grande Camera, sentenza 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*; Grande Camera, sentenza 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Grande Camera, sentenza 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito* nonché, da ultimo, Prima sezione, sentenza 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

⁶ In generale sul tema si v. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2014; P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di studio del gruppo di Pisa (Udine, 7 novembre 2008)*, Torino, Giappichelli, 2009, 81 ss.

⁷ Il circuito di alta sicurezza penitenziaria è quello specificamente riferito ai detenuti per reati di cui all'art. 4-*bis*, ord. pen., mentre il regime ex art. 41-*bis*, ord. pen., applicabile per gli stessi titoli di reato ma in base ad una valutazione individualizzata di pericolosità sociale, consta di speciali deroghe sul piano trattamentale imposte da gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, di regola traducibili in una condizione di rigoroso isolamento rispetto a contatti con l'esterno; per un'analisi delle due disposizioni si v. L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO – S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 393 ss.; sul tema v. anche A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro», tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, Giuffrè, 2016; L. CESARIS, *Art. 41 bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015, 442 ss.; C. FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, Giappichelli, 2013, 1138 ss.; M. PAVARINI, *Il «carcere duro» tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 249 ss.

propagandistiche della comunicazione in ambiti riservati alla politica; è emblematico di un sentire che allontana dalle garanzie costituzionali, e che anzi rischia all'opposto di svilirle per la riaffermazione di 'manifesti' a ben vedere di fragile consistenza. Alla base dell'intera vicenda e del suo clamore si possono individuare equivoci e sovrapposizioni concettuali che affondano le loro radici proprio nella disinformazione, grande male del nostro tempo: non è un caso che sia stato autorevolmente sottolineato come la censura, in epoca attuale, si manifesta in modo molto differente rispetto al passato, ossia non bloccando il flusso di informazioni ma celando la verità in una congerie alluvionale di distrazioni e notizie in tutto o in parte irrilevanti o inveritiere⁸.

Ecco perché è indispensabile riflettere sui fatti intercorsi mantenendo ben saldo un approccio equidistante e misurato, nel tentativo di depurare il reale da ogni precipitato estraneo e di valorizzare l'esistente quadro giuridico e le sue virtù: gli aspetti meritevoli di specifico approfondimento, ad avviso di chi scrive, sono tutti collegati da un invisibile *fil rouge* che, a partire dalla cd. questione carceraria e dal connesso problema del sovraffollamento, si dipana attraverso il tema del bilanciamento fra valori contrapposti nel quadro costituzionale per approdare infine alle tensioni tanto fra potere politico e potere giudiziario quanto fra correnti culturali interne a quest'ultimo.

2. Emergenza sanitaria, Costituzione e carcere

Se il sovraffollamento carcerario rappresenta da sempre, notoriamente, un punto dolente ed una delle più gravi criticità connaturate al sistema penitenziario italiano, non v'è dubbio che la rapida diffusione del virus Covid-19 degli ultimi mesi ne abbia profondamente acuito gli aspetti più delicati e problematici; è ovvio come un'emergenza sanitaria che per essere arginata o almeno tenuta sotto controllo impone un rigoroso distanziamento sociale appaia sin da subito difficilmente compatibile con le condizioni di permanenza all'interno delle strutture carcerarie, ove di frequente gli spazi vitali sono ben più sacrificati di quanto sarebbe richiesto da principi fondamentali di civiltà e dignità⁹. Sono ancora ben vivide in proposito, nonostante il tempo trascorso, le parole della Corte di Strasburgo nella sentenza *Torreggiani*, celeberrima «sentenza pilota» sul tema: a sostegno della condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 della CEDU, essa affermò infatti che «La carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione», e che anzi, in ragione della maggiore vulnerabilità connessa alla condizione di reclusione, ricade sulle autorità un obbligo di garantire che la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente¹⁰.

⁸ Y.N. HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, Firenze, Giunti, 2018, 337 ss. e part. 379.

⁹ Di recente sul tema cfr. 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*, cit., 165 ss.

¹⁰ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, part. parr. 65 ss.; si segnala che nella giurisprudenza della Corte EDU l'esiguità degli spazi a disposizione quale fattore di un grave sovraffollamento penitenziario è stata non di rado sufficiente, anche senza prendere in considerazione altri aspetti della

A questi stessi principi, direttamente discendenti dagli artt. 2, 3 e 32 Cost., sembra ispirata anche la normativa interna in materia di medicina penitenziaria, contenuta nel d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230¹¹, ove si afferma che il diritto alla salute spetta a detenuti ed internati «alla pari dei cittadini in stato di libertà», tanto per i profili di prevenzione quanto per quelli di diagnosi, cura, riabilitazione ed assistenza sanitaria¹²: tale impostazione appare coerente con il riconoscimento della salute come valore costituzionale supremo, che non tollera disparità di trattamento e merita una tutela di particolare intensità da parte dell'ordinamento¹³. Non mancano inoltre, nella disciplina di ordinamento penitenziario, disposizioni improntate alla tutela della salute sotto il profilo della salubrità dell'ambiente, intesa quale condizione di vita e permanenza negli istituti di pena che sia compatibile con la dignità umana¹⁴. Ovviamente, tuttavia, altro è l'affermazione in astratto di simili principi, altra la loro operatività in concreto: le statistiche ufficiali raccontano di più di 60 mila detenuti in carcere a fronte di una capienza regolamentare di circa 50 mila¹⁵.

Non sorprende dunque che l'occasione offerta dalla repentina diffusione del Coronavirus, in uno con le difficoltà nell'approntamento di mezzi e risorse sanitarie atti a contenerla e alle incertezze generate dalla rapidità con cui esponenzialmente crescevano gli esiti deleteri del morbo, sia presto divenuta la circostanza per canalizzare un latente e diffuso malcontento dei detenuti; a scatenare accese reazioni sarebbero state in particolare le restrizioni introdotte rispetto ai colloqui e alle visite dall'esterno per far fronte all'emergenza, ma anche, più in generale, la gestione di quest'ultima e la mancanza di misure di tutela all'interno degli istituti penitenziari¹⁶: molti sono stati gli episodi di protesta e le

condizione detentiva, a fondare pronunce di violazione dell'art. 3 della Carta: cfr. in tal senso le pronunce *Kantjrev c. Russia*, n. 37213/02, 21 giugno 2007; *Andrei Frolov c. Russia*, n. 205/02, 29 marzo 2007; *Kadikis c. Lettonia*, n. 62393/00, 4 maggio 2006; *Sulejmanovic c. Italia*, n. 22635/03, 16 luglio 2009.

¹¹ La richiamata disciplina ha segnato il superamento del regime previgente che configurava il servizio sanitario penitenziario con forti connotazioni di 'specialità', in quanto reso per il tramite dell'Amministrazione penitenziaria, riorganizzandolo nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale.

¹² Si veda l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 230/1999; nello stesso senso, il comma 2, lett. a) della medesima norma specifica altresì che il SSN è tenuto ad assicurare ai detenuti e agli internati «livelli di prestazioni analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi».

¹³ L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha contribuito significativamente a rafforzare la tutela del diritto alla salute, sottolineando in particolare la connessione tra l'art. 32 Cost. e la cornice 'personalista' delineata dagli artt. 2 e 3 Cost.; in questo senso, pur essendo senza dubbio il diritto alla salute un diritto 'finanziariamente' condizionato, la Corte ha ripetutamente affermato come le esigenze di finanza pubblica non possano mai comprimerne il nucleo irriducibile, protetto dalla Costituzione quale ambito inviolabile della dignità umana: cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 203; Corte cost., sent. 31 ottobre 2008, n. 354; Corte cost., sent. 2 dicembre 2005, n. 432; Corte cost., sent. 17 luglio 2001, n. 252; Corte cost., sent. 20 novembre 2000, n. 509; Corte cost., sent. 16 luglio 1999, n. 309.

¹⁴ Si pensi, in tal senso, alle norme relative alle modalità di realizzazione dei nuovi edifici penitenziari (artt. 5 e 6, legge 26 luglio 1975, n. 354) o alle disposizioni relative al corredo e al vestiario dei singoli detenuti (art. 7, ord. pen.), o ancora alle regole sull'uso dei servizi igienici e sulla pulizia personale (art. 8, ord. pen.) e alla previsione di periodi giornalieri di permanenza all'aria aperta (art. 10, ord. pen.). Merita poi specifica considerazione l'art. 11 della legge n. 354/1975, dedicato al servizio sanitario all'interno degli istituti penitenziari: esso è stato recentemente riscritto ad opera del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, proprio al fine di dotare di maggiore effettività la tutela del diritto alla salute della popolazione carceraria.

¹⁵ Si tratta dei dati ufficiali resi noti dal Ministero della Giustizia ed aggiornati al 29 febbraio 2020, in www.giustizia.it.

¹⁶ Per una esauriente ed approfondita ricostruzione delle principali misure adottate negli istituti penitenziari al fine di arginare il rischio di contagio da Covid-19, nonché delle criticità che l'emergenza ha sollevato con specifico riferimento alle strutture carcerarie si veda A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 7 aprile 2020, www.osservatorioaic.it.

rivolte scoppiate in tutto il Paese, in alcuni casi drammaticamente sfociati in un grave bilancio in termini di vittime. Senza volerne dare una lettura di eccessiva ingenuità, nella consapevolezza che molti possono esserne i (reali o pretestuosi) moventi, ed in attesa dei doverosi accertamenti da parte dell'autorità giudiziaria, non v'è però dubbio che simili fatti richiamino all'onore delle cronache la ben nota problematica del bilanciamento fra valori contrapposti: fra lo statuto costituzionale della 'persona' e quello del reo sottoposto a pena o dell'imputato in attesa di condanna, fra la finalità rieducativa e quella punitiva della sanzione penale, fra il diritto alla salute individuale e quello collettivo alla sicurezza sociale all'interno di uno Stato di diritto¹⁷.

A partire dal dato testuale di cui all'art. 27, comma 3, Cost., a cui si riconosce portata prescrittiva e non meramente programmatica, è indubbio che la funzione rieducativa della pena abbia progressivamente acquisito in via interpretativa un rilievo preponderante su ogni altra sua finalità, nel quadro di una lettura combinata con il principio di dignità umana, di cui allo stesso capoverso della norma, ed in coerenza con i valori di stampo personalista che permeano l'intera Carta¹⁸. Tale concezione mira a neutralizzare il rischio di «strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale)»¹⁹: ciò implica peraltro che un'azione autenticamente rieducativa e risocializzante sia pensabile solo nel contesto di un trattamento penale orientato alla valorizzazione della «personalità» del reo, da intendersi sia quale espressione del suo essere 'persona' sia quale valorizzazione individualizzata delle sue peculiarità soggettive. Sotto quest'ultimo aspetto, il quadro concettuale di riferimento si arricchisce del necessario riferimento al canone di proporzionalità, a sua volta desumibile dal principio rieducativo in combinata lettura con i canoni di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost: in tal senso la privazione della libertà e la sofferenza inflitta non potrebbero mai eccedere il minimo necessario, e dovrebbero sempre essere inseriti in un'ottica finalistica volta al recupero, alla riparazione, alla riconciliazione e al reinserimento sociale del reo²⁰.

Nella riflessione sullo statuto costituzionale dei detenuti, e per quanto più rileva in questa sede, rilievo centrale assume poi il diritto alla salute, anch'esso costituzionalmente garantito ed anzi riconosciuto, come già ricordato, quale valore supremo dell'ordinamento; esso è

¹⁷ P. TORRETTA, «Diritto alla sicurezza» e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, 451 ss.; in generale v. anche G. LATTANZI, *Costituzione e carcere*, intervento in occasione dell'evento inaugurale del «Viaggio nelle carceri» della Corte Costituzionale, Roma, Carcere di Rebibbia, 4 ottobre 2018, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 ottobre 2018; G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2015; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Intervento al Convegno *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁸ Il principio umanitario e il paradigma rieducativo, racchiusi nello stesso comma 3 dell'art. 27 Cost., debbono essere intesi come componenti di un tutt'uno inscindibile, «logicamente in funzione l'uno dell'altro» (cfr. Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279); per un approfondimento sul tema della dignità umana cfr. V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2013; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 21 novembre 2014, *www.rivistaaic.it*; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Giur. cost.*, 2/2018, *www.giurcost.org*.

¹⁹ Così Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, punto 8, *Considerato in diritto*.

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. 13 luglio 2017, n. 179.

qualificato dalla Carta come «fondamentale diritto dell'individuo» e «interesse della collettività» (art. 32, comma 1)²¹: quest'ultimo aspetto, che implica il dovere di non ledere né porre a rischio con la propria condotta la salute altrui, acquista particolare significato proprio nel contesto dell'emergenza sanitaria, posto che le misure adottate per la salvaguardia della salute dei singoli possono essere lette altresì come strumentali al contenimento dell'epidemia.

Coerentemente con una sensibilità costituzionale sempre più spiccata per i diritti e le condizioni della popolazione carceraria, anche il diritto alla salute, al pari del finalismo rieducativo, viene oggi pacificamente considerato una declinazione dell'inviolabile principio della dignità umana (e come tale dotato di un 'peso specifico' di particolare pregnanza); questa accresciuta sensibilità emerge anche dalla costruzione attuale dell'ordinamento penitenziario, che oggi, dopo la riforma del 1975, pone al centro della disciplina il detenuto «quale protagonista attivo e, nel contempo, quale fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria, nella prospettiva della rieducazione»²².

Se non pare possibile dubitare del rilievo fondamentale assunto dal diritto alla salute in quanto tale, anche rispetto a soggetti privati della libertà personale per ragioni penali, è il suo bilanciamento con altri diritti ed interessi a suscitare maggiori difficoltà, specie ove si faccia questione di garantire la sicurezza pubblica, da alcuni interpreti considerata un «valore superprimario»²³, posta a rischio dalla potenziale pericolosità del reo. Non deve infatti dimenticarsi che anche la 'sicurezza' costituisce un bene di indubbio rilievo costituzionale, ed in tal senso la sua tutela, rappresentando un compito pubblico non abdicabile, può costituire un limite per altri diritti e libertà fondamentali²⁴; ciò con riferimento non soltanto alla dimensione 'individuale' del predetto valore ma anche, per quanto più rileva in questa sede, alla sua accezione 'collettiva', quale presupposto necessario al godimento delle libertà attribuite dall'ordinamento²⁵. Se su un piano astratto simili affermazioni possono apparire del tutto condivisibili, più difficile può risulterne la declinazione in concreto: da un lato, infatti, la sanzione penale e la sua certezza rispecchiano la doverosa risposta pubblica ad una violazione, da parte del reo, di diritti individuali o beni della vita altrui; dall'altro, contestualmente, allo Stato si richiede di promuovere l'effettiva garanzia dei diritti della persona, senza eccezione o distinzione alcuna, coerentemente con gli ideali di fondo che ispirano l'ordinamento.

Stando all'interpretazione data dalla più recente giurisprudenza costituzionale, la predetta ponderazione non solo non può spingersi sino a comprimere il nucleo essenziale di alcuni

²¹ A commento si vedano, almeno, L. MONTUSCHI, *Il 1° comma dell'art. 32*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 146 ss.; A. SIMONCINI – E. LONGO, *Sub art. 32*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit., 655 ss.

²² Cfr. V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in ID. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, 25.

²³ Così G. CERRINA FERONI – G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 31 ss.

²⁴ Si pensi in questo senso, ad esempio, agli artt. 14 (libertà di domicilio), 16 (libertà di circolazione), 17 (libertà di riunione) e 41 (libertà di iniziativa economica), ove si fanno espressamente salve le esigenze di sicurezza, incolumità pubblica e/o ordine pubblico: in argomento cfr. T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue dimensioni costituzionali*, cit.

²⁵ In tema P. TORRETTA, *«Diritto alla sicurezza» e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, cit.

diritti inviolabili, ma addirittura può giustificare limitazioni alle garanzie dei detenuti solo ove ciò comporti un corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango²⁶; in altre parole, benché sia innegabile che lo *status* di recluso determini una compressione di alcune situazioni giuridiche afferenti al soggetto, prima fra tutte la libertà personale ex art. 13 Cost., vi è però un limite oltre il quale essa non può spingersi, dato dall'irrinunciabile rispetto del valore della dignità umana, inteso come «assoluto costituzionale»²⁷: è questa, dunque, la *ratio* con cui debbono essere valutate le esigenze di tutela, specialmente (ma non solo) in ambito sanitario, che riguardano i diritti fondamentali dei detenuti in carcere²⁸, nell'ottica di un bilanciamento ragionevole e proporzionato fra pretesa punitiva, statuto di garanzia ed esigenze di sicurezza collettiva che rendano attuale ed effettivo il quadro valoriale emergente dalla Carta²⁹.

Segno della delicatezza del predetto bilanciamento è il differente approccio alla questione mostrato di recente dai protagonisti istituzionali del dibattito: come già sottolineato, la tendenza del nostro Legislatore penale si è mossa nel segno di una normazione fortemente improntata in senso simbolico, repressivo e deterrente, in risposta al substrato di vulnerabilità ed incertezza che pervade la società di fronte a fenomeni globali a cui difficilmente lo Stato riesce a rispondere adeguatamente sul piano delle politiche sociali, economiche e culturali³⁰; la Corte costituzionale e la Corte EDU, viceversa, hanno mostrato di valorizzare con particolare sensibilità l'importanza prioritaria della dignità umana e della risocializzazione quale obiettivo precipuo della pena³¹. Non solo: attraverso una progressiva opera di erosione dei meccanismi presuntivi e degli automatismi legislativi che in base al solo titolo di reato escludono l'accesso a misure e benefici extracarcerari, baluardo insostituibile del percorso rieducativo dei detenuti, la Consulta ha preso ripetutamente

²⁶ In tal senso A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, Cacucci, 2018, part. 107 ss., 375. Cfr. anche Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143; sul tema del bilanciamento v. altresì, *ex multis*, Corte cost., sent. 7 giugno 2013, n. 135; Corte cost., sent. 13 giugno 1997, n. 175; Corte cost., sent. 27 dicembre 1996, n. 417.

²⁷ G. SILVESTRI, *Prefazione*, in C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO (a cura di), *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, X.

²⁸ In tema v. A. MARTUFI, *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra «orizzonte di scopo» della pena carceraria e dignità del detenuto*, in *Giurisprudenza penale*, 7-8/2017, www.giurisprudenzapenale.com, a commento di Cass. pen., sez. I, 26 aprile 2017, n. 19677; v. anche A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, part. 216 ss.

²⁹ Rileva criticamente in proposito G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 8 marzo 2018, www.rivistaaic.it, 7, che «da nostra Costituzione è attuale per i valori che propone, ma non è attuata per il modo con cui sono tradotti nella realtà».

Pare opportuno richiamare in proposito l'affermazione compiuta dalla Corte costituzionale nella nota sentenza *Ilva* (Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85), ai sensi della quale «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

³⁰ Su tali tendenze, in generale, Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2008; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., part. 200 ss. Oggi il senso di insicurezza non sembra più avere soltanto un rilievo soggettivo, ma pare essersi acuito sino a trasformare i timori personali in tensioni diffuse a livello sociale, conseguentemente innescando una crescente domanda di politiche incentrate sulla sicurezza: su questi temi v. R. CORNELLI, *La paura nel campo penale*, in *Questione giustizia*, 7 settembre 2016, www.questionegiustizia.it.

³¹ In coerenza con tali indirizzi, si segnala sul punto che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto solo ad alcuni valori il rango di principi *supremi* dell'ordinamento: tra questi, oltre ad esempio al principio pluralista, al principio di eguaglianza o alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, deve senz'altro annoverarsi anche la *dignità* della persona: cfr., *ex multis*, Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 479 e Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 37.

posizione sull'implicita affermazione, da parte del Legislatore, della propria indiscutibile prerogativa a fissare in sede di indirizzo priorità ed obiettivi criminologici intangibili da qualsiasi altra autorità, e segnatamente da quella giudiziaria³². Le predette presunzioni assolute poste in sede normativa, infatti, finivano per svilire il ruolo valutativo e discrezionale della magistratura, in questo caso di sorveglianza – ma identico discorso potrebbe valere rispetto a quella chiamata a decidere in sede cautelare o di merito³³ – nell'orientamento del percorso di espiazione della pena carceraria e nella valutazione dei progressi compiuti dal reo sul percorso rieducativo: l'idea che il magistrato non potesse ricalibrare un certo approccio legislativo «giustizialista», o improntato al cd. «fine pena mai», rispetto ai colpevoli di reati percepiti come particolarmente odiosi dall'opinione pubblica (criminalità organizzata di stampo mafioso, terrorismo, reati sessuali e contro la pubblica amministrazione, ecc.) è stata in più occasioni censurata con decisione dalla Corte, nella consapevolezza che lo scontro sul terreno delle politiche penali celava in realtà un più profondo conflitto fra contrapposti poteri³⁴.

La medesima costante sembra nuovamente riproposta anche in questo frangente, come si dirà meglio *infra*; ciò che preme sottolineare sin da ora è che la giurisprudenza costituzionale ha nel tempo contribuito a delineare con chiarezza i tratti del cd. «volto costituzionale della pena», evidenziando l'importanza irrinunciabile di un trattamento penitenziario dignitoso ed umano e della valutazione individualizzata condotta sul singolo

³² Emblematico di tale percorso giurisprudenziale «correttivo» è appunto il filone inerente ai cd. «reati ostativi» ex art. 4-bis della legge n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario: quale reazione alla periodica recrudescenza di fenomeni criminosi di particolare gravità, e non senza qualche incoerenza di fondo, il legislatore ha infatti nel tempo ampliato il catalogo dei titoli di reato a cui viene riconosciuto un regime penitenziario particolarmente rigoroso, che esclude automaticamente la concessione di benefici premiali e misure extramurarie, salvo che il reo collabori con la giustizia; la Corte, sul presupposto che l'esclusione in radice di criteri individualizzanti si ponesse in contrasto con l'ideale rieducativo e con il principio di proporzionalità della pena, ha in più di un'occasione censurato con decisione tale impostazione, in principio solo per ipotesi specifiche, da ultimo anche con più generale riferimento al meccanismo stesso dell'ostatività. Per una ricostruzione del percorso argomentativo si vedano, *ex multis*, le sentenze nn. 306/1993; 39/1994; 357/1994; 68/1995; 504/1995; 445/1997; 89/1999; 137/1999; 273/2001; 280/2001; 135/2003; 255/2006; 257/2006; 79/2007; 189/2010; 239/2014; 76/2017; 149/2018 e, da ultimo, 253/2019. Tra i molti studi in tema di reati ostativi si vedano, di recente, L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2015; D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2017; V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019, 105 ss.; J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico*, in *Federalismi.it*, 3/2020, 84 ss.

³³ In generale sul tema delle presunzioni cfr. i principi espressi nelle sentenze della Corte costituzionale nn. 139/1982; 41/1999; 139, 265, 291 del 2010; 57, 213, 232 del 2013; 185/2015; 286/2016; v. anche S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2018, *www.gruppodipisa.it*; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce in «Libro dell'anno Treccani 2014», in *www.treccani.it*; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, ESI, 2014, 85 ss.; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2014, *www.gruppodipisa.it*.

Anche in materia di custodia cautelare obbligatoria in carcere il Legislatore, con il d.l. n. 11/2009 (cd. «pacchetto sicurezza»), aveva introdotto un rigido sistema di presunzioni assolute che la Corte ha poi progressivamente provveduto ad erodere: cfr. in tal senso le sentenze nn. 265/2010; 164/2011; 231/2011; 331/2011; 110/2012; 57/2013; 213/2013; 232/2013; 48/2015.

³⁴ In argomento D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium iuris*, 9/2017, 977, nota 23.

soggetto, sul presupposto che nessuna persona possa essere considerata irrecuperabile o perduta per sempre³⁵.

Questa è la cornice di contesto all'interno della quale vanno valutati i provvedimenti assunti dalla magistratura di sorveglianza, sulla base peraltro di disposizioni di legge vigenti, dinanzi all'allarmante avanzare dell'epidemia registrato tra la fine dello scorso febbraio e i mesi di marzo e aprile³⁶: peraltro è noto che i giudici, già da prima della recente emergenza sanitaria, ben possono applicare gli artt. 146 e 147 del codice penale, recanti lo statuto normativo del differimento di pena, obbligatorio o facoltativo, anche per ragioni di salute del condannato; al ricorrere dei medesimi presupposti, inoltre, l'ordinamento penitenziario prevede all'art. 47-ter, comma 1-ter, l. n. 354/1975 la cd. detenzione domiciliare «umanitaria», che può essere disposta nei casi di grave infermità fisica in favore di qualsiasi detenuto, anche di quelli assoggettati a regime detentivo speciale, e segnatamente a quello di isolamento ex art. 41-bis ord. pen.; le predette disposizioni normative confermano che il diritto alla salute e l'umanità del trattamento costituiscono un diritto fondamentale di rango supremo, la cui tutela rappresenta un dovere insopprimibile connaturato al principio 'personalista' che non può mai conoscere un affievolimento, a prescindere dal reato commesso e dall'entità della pena comminata³⁷.

Nel frangente dell'emergenza, tuttavia, e con ogni probabilità per fornire altresì una pronta risposta a legittime preoccupazioni dei detenuti rispetto alle misure di contenimento dei contagi, il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (cd. «Cura Italia») ha introdotto la disposizione di cui all'art. 123, il cui primo comma consente a particolari condizioni, con l'espressa esclusione di detenuti per crimini di rilevante gravità (cd. circuito di alta sorveglianza ex art. 4-bis, ord. pen.) o delinquenti abituali, assoggettati a regime di sorveglianza particolare o a misure disciplinari, e comunque in assenza di gravi motivi ostativi, la possibilità di scontare la pena in forma di detenzione domiciliare o presso altro luogo di cura, assistenza o accoglienza³⁸. È su questo aspetto che si sono registrati notevoli equivoci, in parte dovuti anche ad una imprecisa divulgazione della notizia: innanzitutto,

³⁵ V. G. SILVESTRI, *Prefazione*, in C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO (a cura di), *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit.; ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Intervento al Convegno *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, cit.

Anche l'espunzione definitiva dalla Carta di ogni riferimento alla pena di morte, per mezzo della legge costituzionale n. 1 del 2007, dev'essere letta nella medesima ottica: al centro di una simile scelta sta infatti, senza dubbio, una riaffermazione anche testuale della centralità del finalismo rieducativo: cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 4; in generale v. anche D. CHINNICI, *I «buchi neri» nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2015, 62 ss.

³⁶ I provvedimenti assunti dalla magistratura di sorveglianza nel periodo di massima diffusione della pandemia appaiono invero ascrivibili a due differenti categorie: una prima maggiormente orientata alla tutela della salute collettiva, sia all'interno e sia all'esterno del carcere, mira a ridurre il sovraffollamento applicando misure alternative alla detenzione, mentre una seconda più improntata alla garanzia della salute individuale dispone a vario titolo lo spostamento dei detenuti maggiormente a rischio in altra sede, domiciliare o di cura. Per una rassegna ragionata di tali provvedimenti si veda A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al Covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Sistema penale*, 29 aprile 2020, *www.sistemapenale.it*.

³⁷ Sulla natura non negoziabile del diritto alla salute v. M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, *www.costituzionalismo.it*.

³⁸ Per un commento critico si veda E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto «Cura Italia»: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020, *www.sistemapenale.it*.

consentire ad alcuni detenuti per reati minori, o comunque prossimi alla conclusione del loro percorso di espiazione penitenziaria³⁹, di scontare la pena presso un luogo diverso dal carcere non equivale a disporre la ‘rimessione in libertà’; ugualmente, la norma ha cura di escludere espressamente dal proprio ambito applicativo i condannati per i reati di associazione mafiosa, di terrorismo, di criminalità organizzata finalizzata al traffico di stupefacenti ed altri di particolare gravità, tutti sussumibili nella ben nota categoria dei reati cd. «ostativi» di cui all’art. 4-*bis* dell’ordinamento penitenziario.

Gli strumenti ordinari e quelli straordinari a disposizione della magistratura di sorveglianza per valutare una esecuzione differita o domiciliare della pena⁴⁰ vengono così impropriamente sovrapposti, così come vengono confuse, nella comunicazione concitata e rapsodica dei giorni più drammatici dell’emergenza, le ragioni di salute che anche normalmente possono giustificare il differimento dell’esecuzione e quelle invece più strettamente connesse al rischio di contagio epidemico; in verità, alla commistione fra piani differenti di valutazione possono aver involontariamente contribuito alcune affermazioni contenute in ordinanze di differimento della pena adottate dai magistrati di sorveglianza, le quali pur traendo espressa legittimazione dal quadro normativo preesistente, e non dal decreto «Cura Italia», hanno però fatto esplicito riferimento alla emergenza sanitaria in atto e al rischio di contagio connesso alla diffusione del Covid-19⁴¹. In questo senso pare tuttavia doveroso segnalare che il predicato di ‘gravità’ dell’infermità fisica che può giustificare l’applicazione dell’art. 147, comma 1, n. 2, cod. pen. o dell’art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. pen. non può certamente avere carattere di assolutezza ma è all’opposto necessariamente ‘relativo’, dovendo tener conto per costante giurisprudenza⁴² sia delle condizioni individuali del soggetto e sia di quelle riferibili all’ambiente carcerario⁴³, con particolare attenzione alla

³⁹ La norma prevede infatti che la deroga possa applicarsi unicamente a condanne non superiori a diciotto mesi, anche qualora costituenti parte residua di maggior pena.

⁴⁰ Sottolinea opportunamente come la magistratura di sorveglianza si sia trovata dinanzi al difficile compito di fronteggiare una situazione *straordinaria* con gli strumenti *ordinari* dell’ordinamento penitenziario A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al Covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit.

⁴¹ Paradigmatico è stato in tal senso il provvedimento provvisorio ed urgente emesso in data 20 aprile 2020 dal Magistrato di Sorveglianza di Milano, con il quale sono stati concessi gli arresti domiciliari a Francesco Bonura, detenuto in regime di 41-*bis* per gravi reati di mafia e noto per i suoi legami con il boss di «Cosa nostra» Bernardo Provenzano; in considerazione dell’anzianità e delle condizioni di salute del condannato, sofferente di serie patologie e già in passato soggetto a cure oncologiche, nonché del breve *quantum* di pena residua da scontare, il giudice ha ritenuto di concedere il differimento di pena facoltizzato dall’art. 147 cod. pen., aggiungendo però che esso era disposto «anche tenuto conto dell’attuale emergenza sanitaria e del correlato rischio di contagio, indebitamente più elevato in un ambiente ad alta densità di popolazione come il carcere, che espone a conseguenze particolarmente gravi i soggetti anziani e affetti da serie patologie pregresse».

In questo senso non può peraltro dimenticarsi che la tutela della salute del detenuto deve necessariamente essere declinata anche in termini di ‘prevenzione’, come emerge altresì dal dettato dell’art. 1 del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, recante disposizioni in materia di «Riordino della medicina penitenziaria».

⁴² Per una esauriente rassegna giurisprudenziale sull’argomento si veda G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2019, 760 ss.; basti qui sottolineare come a rilevare nel giudizio non è soltanto l’oggettiva gravità della malattia sofferta ma anche la possibilità di ricevere cure migliori e più efficaci ove prestate al di fuori delle strutture carcerarie.

⁴³ Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza Covid e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 1 maggio 2020, www.sistemapenale.it; nella valutazione di compatibilità del quadro clinico del recluso con il regime detentivo, specie nel contesto dell’emergenza pandemica, si tiene ovviamente conto anche delle indicazioni fornite in tal senso dall’Organizzazione Mondiale della Sanità e dall’Istituto Superiore della Sanità: in tal senso si veda, ad esempio, Uff. Sorv. Siena, decreto n. 481 del 6 aprile 2020.

concreta possibilità di un trattamento sanitario adeguato all'interno o all'esterno dell'istituto penitenziario. Non solo: l'attività giurisdizionale è per sua stessa natura connotata da margini di discrezionalità valutativa, indispensabile per l'applicazione dell'astratta fattispecie normativa ai singoli casi concreti, centro della quale è la ponderazione fra tutti gli interessi e valori ordinamentali che vengono di volta in volta in considerazione⁴⁴; nell'ambito delle questioni in esame, ad esempio, il predetto bilanciamento dovrà sempre tenere debito conto, in ogni singolo caso concreto, tanto dell'inderogabile diritto alla salute e all'umanità del trattamento quanto della pericolosità sociale del reo, ossia tanto dei diritti del singolo quanto dell'interesse della collettività, e dovrà essere condotto secondo inderogabili canoni di ragionevolezza e proporzionalità⁴⁵.

A ciò si aggiunga che in data 21 marzo 2020 il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia (cd. DAP) ha emanato una circolare destinata alle Direzioni delle carceri italiane, con la richiesta di comunicare tempestivamente all'Autorità giudiziaria, «per l'adozione delle eventuali determinazioni di competenza», i nominativi dei detenuti ultrasettantenni che soffrissero di alcune specifiche patologie per le quali si segnalava, in relazione all'emergenza sanitaria, un aumentato rischio di complicanze; pur dovendosi intendere la stessa una semplice richiesta di informazioni a fini di monitoraggio⁴⁶, come dimostra il fatto che la circolare richiedeva di allegare relazioni comportamentali ed altri dati utili ai magistrati anche per la valutazione di pericolosità di ogni soggetto, molti detenuti hanno sfruttato la contingenza per richiedere un accertamento del proprio stato di salute da sottoporre all'autorità giudiziaria ai fini di un'eventuale differimento della pena. Complice una lettura mediatica che in qualche caso, forse comprensibilmente data l'eco delle questioni in esame, ha voluto privilegiare il «valore di mercato» delle informazioni diffuse rispetto ad un'opera di meditata ponderazione sulle stesse, sul punto si è consegnato all'opinione pubblica un ritratto di connessioni strumentali tra poteri e fatti in realtà

⁴⁴ La centralità assunta dal ragionevole bilanciamento nella dogmatica giuridica contemporanea, sul piano tanto delle politiche legislative quanto dell'applicazione al caso concreto dell'astratta previsione normativa, è opportunamente sottolineata da G. FIANDACA, *Estremismo dell'antimafia e funzione di magistrato*, in *Diritto di difesa*, 6 maggio 2020, www.dirittodidifesa.eu.

Il bilanciamento ragionevole pare aver assunto oggi un indiscusso rilievo anche nell'opera esegetica della Corte costituzionale: per un approfondimento sul tema, tra i numerosi contributi esistenti si segnalano G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3953 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale: atti del XVII Convegno annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, Cedam, 2004, 271 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 743 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁵ Sembra proprio questo il percorso giuridico seguito dal Magistrato di Sorveglianza di Milano, il quale nella già citata ordinanza del 20 aprile 2020 ha specificato che «ritenuto che la gravità dei reati in esecuzione e la elevata caratura criminale del condannato impongano che il differimento avvenga nelle forme della detenzione domiciliare [...]; considerato il non lontano fine pena [...], l'età e il compromesso quadro clinico [...], deve ragionevolmente escludersi il pericolo di fuga o di reiterazione dei reati».

⁴⁶ Nel senso di escludere ogni automatismo in termini di scarcerazione rispetto alla circolare in oggetto si muove anche la nota di precisazione diffusa dal DAP in data 20 aprile 2020.

reciprocamente indipendenti, peraltro in più di un'occasione avvalorato, anziché confutato, da dichiarazioni di fonte istituzionale; il risultato che le predette circostanze hanno prodotto, anche mediante un improprio utilizzo del cd. «paradigma vittimario»⁴⁷, è stato quello di acuire l'allarme sociale in ordine ad un preteso cedimento dello Stato al ricatto delle rivolte in carcere e ad una ingiustificata indulgenza nei confronti (non tanto degli autori quanto) dei fenomeni più gravi di criminalità organizzata, specialmente di stampo mafioso⁴⁸. Quel che è certo, nonostante non fosse mai stato in discussione che a disporre dell'esecuzione carceraria potesse essere solo la magistratura di sorveglianza e non certo una direzione ministeriale, è che la vicenda in esame non ha tardato ad assumere le coloriture della questione 'politica'⁴⁹.

Per questa ragione l'esecutivo si è affrettato ad intervenire attraverso l'adozione di due decreti-legge in materia, poi confluiti nella legge 25 giugno 2020, n. 70⁵⁰, con l'obiettivo di mitigare l'allarmismo serpeggiante e rafforzare l'immagine di uno Stato impegnato graniticamente nella lotta alla mafia e nella tutela della sicurezza collettiva; non v'è dubbio, anche considerando i tempi strettissimi con cui i predetti provvedimenti sono venuti alla luce, che si tratti di disposizioni con valenza assai più politica (o, se si vuole, simbolica) che realmente innovativa sul piano normativo. Più specificamente, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28 modificava la disciplina dell'ordinamento penitenziario riguardo ai permessi cd. «di necessità» (art. 30-*bis*, ord. pen.) e alla detenzione domiciliare cd. «umanitaria» (art. 47-*ter*,

⁴⁷ Tale espressione sottende nel caso di specie una concezione della pena fortemente improntata in senso emotivamente retributivo, che sembra oggi frequentemente prevalere quale modello della narrazione mediatica; essa catalizza l'attenzione sulle sofferenze patite dalle vittime dei reati di mafia per rafforzare nell'opinione pubblica istanze che rischiano di condurre, attraverso una visione distorta del principio di certezza della pena, al giustizialismo esasperato e al cd. *populismo penale*. In proposito G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema penale*, 19 maggio 2020, www.sistemapenale.it; in generale sul tema v. anche A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamar Püch*, in *Discrimen*, 20 febbraio 2019, www.discrimen.it.

⁴⁸ Sembra possibile evidenziare uno scarto evidente tra gli aspetti 'soggettivi', inerenti all'autore e alla sua personalità, e quelli 'oggettivi' dei delitti di cui si tratta; una simile traslazione di significato richiama alla mente quella di senso opposto che caratterizza le logiche giuspenalistiche di tipo securitario, la quale di norma sposta il disvalore del reato sul soggetto agente, finendo per rafforzare la tendenza a configurare un «diritto penale d'autore» certamente non compatibile con le previsioni costituzionali. Su questi temi cfr. G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, cit., il quale sottolinea come la tendenza ideologica a concepire il «mafioso» come una categoria quasi *antropologica* trascuri in realtà l'essenziale assioma per cui il senso e gli scopi della pena debbono essere rapportati a tratti soggettivi peculiari variabili in ogni singolo caso concreto; in argomento si v. anche l'articolo a firma di M. Serra, «*La nebulosa dei bos*», pubblicato su *Repubblica*, 8 maggio 2020. Sull'inversione tra «giudizio sul fatto» e «giudizio sull'uomo» come tendenza attuale della dogmatica giuspenalistica v. anche G.M. FLICK, «*La giustizia e la vergogna*», intervista apparsa sul *Foglio* in data 29 maggio 2020 a firma di A. Chirico.

⁴⁹ Una simile evoluzione è stata innescata anche dalle immediate reazioni dei partiti di opposizione alle notizie dei differimenti di pena concessi ad alcuni detenuti in regime di 41-*bis* in ragione delle loro condizioni di salute; le forti preoccupazioni da questi espresse, di cui non si può ragionevolmente escludere una valenza anche politica, hanno a loro volta provocato, dapprima, ferme prese di posizione da parte del Ministero della Giustizia per annunciare opportune verifiche e approfondimenti e rassicurare l'opinione pubblica sull'immutato impegno dell'esecutivo nella lotta ai fenomeni mafiosi, e successivamente le dimissioni del capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

⁵⁰ Con legge 25 giugno 2020, n. 70 è stato convertito, con modificazioni, il decreto-legge n. 28/2020, a seguito di definitiva approvazione alla Camera del relativo disegno di legge (AC 2547) nel quale era stato trasfuso anche il contenuto del decreto-legge n. 29/2020, conseguentemente abrogato: restano in ogni caso validi gli atti e i provvedimenti adottati, e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo d.l. n. 29/2020, come espressamente disposto dall'art. 1, comma 3, della legge n. 70/2020. Per un primo commento al d.l. n. 28/2020 si veda M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sistema penale*, 1 maggio 2020, www.sistemapenale.it.

comma 1-ter, ord. pen.), introducendo all'art. 2, quale presupposto per la concessione delle predette misure ad autori di reati connessi alla criminalità organizzata, la richiesta di un parere obbligatorio della Procura nazionale e/o distrettuale antimafia e antiterrorismo in ordine alla attualità dei collegamenti con le predette organizzazioni criminali e alla pericolosità del soggetto; il successivo d.l. 10 maggio 2020, n. 29 si limitava invece a confermare (artt. 2 e 3) il già vigente dovere di verifica da parte della magistratura sulla permanenza dei presupposti per la concessione delle misure alternative alla detenzione, qui esteso anche alle misure connesse all'emergenza Covid, introducendo quale unica novità scansioni temporali a tal punto accelerate da risultare non solo di dubbia costituzionalità⁵¹, ma anche di dubbia compatibilità con il già ponderoso carico di lavoro degli uffici giudiziari⁵².

3. Simbolismo penale e tensioni fra poteri

S'è detto del forte valore simbolico, più che giuridico, dei predetti provvedimenti legislativi; ciò è senza dubbio evidente nella perpetuazione dell'equivoco già emerso rispetto ai provvedimenti giudiziari di differimento della pena: se 'quelli' avevano disposto la scarcerazione di «moltissimi» pericolosi boss mafiosi, 'questi' ne dispongono l'immediato ritorno in carcere, ponendo deciso rimedio alla (pretesa) deriva indulgenziale di una magistratura eccessivamente garantista, forse addirittura arrendevole dinanzi a pressioni criminali⁵³. Molti sono i messaggi impliciti tanto nel contenuto di simili norme quanto nella modalità con cui sono state trasmesse all'opinione pubblica: sotto il primo aspetto, più specificamente, la narrazione subliminale suggerisce che nei confronti della magistratura di sorveglianza, onde evitarne condotte imprudenti, sia opportuna l'assunzione di un ruolo quasi «tutorio» dell'esecutivo e/o della magistratura (requirente) antimafia, a dispetto, si direbbe, delle garanzie costituzionali; sotto il secondo aspetto, quanto accaduto in questo frangente vale a confermare il rischio che la neutralità del dibattito pubblico possa risultare compromessa ove l'informazione ceda all'etica della giustizia sovente propugnata dall'opinione pubblica delle piazze⁵⁴.

⁵¹ Si segnala, in relazione a questo aspetto, il provvedimento del 9 giugno 2020 con cui il Tribunale di Sorveglianza di Sassari ha ritenuto di non ripristinare la detenzione in carcere per Pasquale Zagaria, noto boss e capoclan dei «Casalesi», nonostante il DAP avesse individuato una struttura disponibile ad accoglierlo e i Procuratori antimafia si fossero pronunciati in favore del suo rientro in regime carcerario; i magistrati hanno viceversa sollevato una questione di costituzionalità davanti alla Corte, su cui più diffusamente *infra*.

⁵² L'art. 2, primo comma, del d.l. n. 29/2020 prevede infatti che la prima verifica debba intervenire entro quindici giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge, e successivamente essere ripetuta con periodicità mensile.

⁵³ Non è un caso, in questo senso, che il d.l. n. 29/2020 sia stato enfaticamente definito «decreto riacchiappamafiosi» da alcuni organi di stampa, a riprova della valenza fortemente comunicativa che lo connota. Cfr. in proposito l'articolo «Decreto al via: casi rivisti ogni 15 giorni e arresti negli ospedali penitenziari», apparso su *Repubblica* in data 8 maggio 2020 a firma di L. Milella, consultabile su www.ristretti.org.

⁵⁴ In tema cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Prassi, disciplina e prospettive dell'informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 gennaio 2018, www.archiviodpc.dirittopenalenomo.org; F. PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, 139 ss.; G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit.; per una prospettiva

Nel tentativo di intervenire prontamente e responsabilmente, la compagine governativa pare aver in questo spirito privilegiato la stessa etica inflessibilmente punitiva che già in precedenza ne ha connotato alcune politiche penali, non di rado permeate anche da una certa componente emozionale⁵⁵: in questo caso, peraltro, sembrerebbe addirittura aver prevalso la realtà «comunicativamente e strumentalmente costruita» rispetto alla realtà «effettuale»⁵⁶. Ciò è tanto più vero ove si ponga mente all'impegno dimostrato dalla magistratura di sorveglianza, in un frangente drammatico come quello dell'emergenza sanitaria, per assicurare il rispetto dei principi costituzionali di cui agli artt. 32 e 27 della Carta tramite un uso per certi versi «coraggioso» degli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione⁵⁷; eppure, essa sembra oggi scontare una decisa campagna di delegittimazione che non è soltanto specchio di una tensione tra poteri ma è a sua volta frutto, si direbbe, di uno scontro culturale tutto interno alla magistratura⁵⁸.

estesa alla giurisprudenza di Strasburgo v. R. CHENAL, *Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, 37 ss.

⁵⁵ Tale tratto costitutivo, ove accompagnato da un'impronta fortemente punitiva di stampo materiale, dall'introduzione di significativi aggravati procedimentali e dalla centralità dell'ideologia carceraria anche quale necessario ristoro per la sofferenza patita dalle vittime, può condurre se portato all'estremo alla pericolosa deriva del cd. populismo penale: cfr. E. AMATI, *La strana genesi del cd. «Decreto Scarcerazioni»*. *Tra i due litiganti il terzo soccombe*, in *Diritto di difesa*, 14 maggio 2020, www.dirittodidifesa.eu. Sul tema del populismo penale, tendenza politica a rispondere con effimere misure legislative emergenziali alle ondate emotive che attraversano la collettività, non di rado con il solo scopo di attrarre consenso politico, cfr. G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.; v. anche, diffusamente, V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., part. 205 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, ESI, 1997, 239 ed altresì, *ivi*, la Prefazione di A. BARATTA; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/1992, 891 ss.

⁵⁶ Cfr. in tal senso G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, cit.

È noto infatti come i preoccupanti numeri inizialmente diffusi dai media, i quali raccontavano di 376 detenuti per gravi reati di mafia in procinto di essere scarcerati, siano stati poi progressivamente e significativamente ridimensionati (cfr. S. Anastasi su *Il Riformista*, 7 maggio 2020): i «boss» a cui è stata effettivamente concessa la detenzione domiciliare sarebbero stati soltanto 3 (più uno non più assoggettato al regime di 41-bis, ord. pen.), mentre addirittura 195 detenuti di quei 376 sarebbero stati ancora in attesa di condanna definitiva (125 addirittura in attesa di una pronuncia di primo grado) e dunque «legalmente» innocenti. Per una puntuale ricostruzione dei dati si veda «*La situazione nelle carceri. Parla Mauro Penna*», intervista del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale al *Magazine* Treccani, 8 maggio 2020, www.treccani.it, ove si afferma: «Mi sembra in sostanza che si sia determinato un grande allarme attorno a cose che hanno specifiche motivazioni che, più che il clamore della dichiarazione ad effetto, meriterebbero invece capacità politica in senso alto, ossia capacità di governare i processi, di controllare che non ci siano abusi senza utilizzare toni urlati e facendo capire alla collettività che sicurezza e tutela della salute delle persone non sono diritti in contrasto l'uno con l'altro».

⁵⁷ I dati statistici, come opportunamente segnalato da A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al Covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., mostrano con chiarezza una significativa riduzione del sovraffollamento carcerario nel periodo marzo-maggio 2020 (a partire da una popolazione carceraria di 61.230 al 29 febbraio i detenuti sono scesi a 52.622 al 29 maggio, peraltro a fronte di circa 48.000 posti di capienza regolamentare); per approfondire, si vedano i bollettini periodicamente pubblicati dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, consultabili in www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

⁵⁸ In questo senso, rilevando un implicito atto politico di sfiducia nei confronti della categoria, muovono le serie preoccupazioni espresse dal Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Firenze nell'intervista rilasciata a *Il Riformista*, pubblicata in data 15 maggio 2020 a firma di A. Stella con il titolo «*Magistrati di sorveglianza: sfiduciati da Bonafede*».

3.1. Procure «contro» giudici?

Quanto poc'anzi affermato acquista concreta contezza se utilizzato come prisma entro cui leggere le disposizioni dei decreti legge nn. 28 e 29 del 2020; è evidente come l'aver condizionato la permanenza delle misure extradetentive concesse agli autori di reati di criminalità organizzata ad un parere obbligatorio – ancorché ovviamente non vincolante a pena di radicale incostituzionalità⁵⁹ – dei Procuratori antimafia sortisce un duplice effetto: da un lato assoggetta i magistrati di sorveglianza ad una tangibile pressione istituzionale, quasi appunto dovessero rendere conto del proprio impegno contro la mafia alla magistratura requirente e dare in qualche modo prova al sistema giudiziario della propria affidabilità decisoria⁶⁰, peraltro in aggiunta alla difficoltà intrinseca associata ai tempi strettissimi concessi dalla normativa per la valutazione; dall'altro implicitamente suggerisce, nel solco dell'impronta impressa dall'indirizzo politico in materia penale⁶¹, che nel ragionevole bilanciamento fra contrapposti valori i giudici debbano sempre privilegiare le istanze di sicurezza collettiva rispetto a più «garantisti» paradigmi di tutela dei diritti dei detenuti o del finalismo rieducativo della pena.

È quest'ultimo un aspetto che desta non lievi perplessità: innanzitutto, colpisce profondamente che proprio in un frangente in cui alla tutela della salute viene assegnata assoluta priorità su ogni altro diritto e libertà costituzionale, giustificando in nome della prima compressioni inedite dei secondi⁶², la prospettiva sia così radicalmente capovolta ove si sposti l'attenzione sul mondo del penalmente rilevante: il rischio di un collasso del sistema

⁵⁹ La vincolatività del parere risulterebbe infatti in aperto contrasto con la soggezione dei giudici alla sola legge (art. 101, comma 2, Cost.) nonché con l'autonomia e l'indipendenza della magistratura ex art. 104 Cost.; d'altronde, analogamente, la natura non vincolante è stata pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza anche alla comunicazione del Procuratore nazionale antimafia richiesta dall'art. 4-bis, comma 3-bis, ord. pen. nel caso di applicazione di misure alternative ai condannati per reati cd. ostativi: per un approfondimento sul tema si v. L. CARACENI – C. CESARI, *Art. 4-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Padova, Cedam, 2019, part. 84 ss.

⁶⁰ Non è un caso, in tal senso, come si sia registrato un significativo sfavore da parte dei magistrati delle Procure nei confronti della recente sentenza della Corte costituzionale n. 253/2019, la quale ha per la prima volta realmente aperto una significativa breccia nel sistema di automatismi e preclusioni assolute che caratterizzano il meccanismo di ostatività di cui all'art. 4-bis, ord. pen., restituendo la perduta discrezionalità valutativa ai magistrati di sorveglianza.

⁶¹ Così G.M. FLICK in una dichiarazione rilasciata al *Foglio* in data 11 maggio 2020 e riassunta nell'articolo «No, il decreto Bonafede non riporterà i mafiosi in carcere», a firma di E. Antonucci; nello stesso senso anche G. FIANDACA, *La trovata di Bonafede, giudici sottoposti all'accusa*, in *Il Riformista*, 28 aprile 2020.

⁶² Sul tema delle limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali nell'emergenza sanitaria, nonché sulla loro legittimazione giuridica, si è confrontata tutta la miglior dottrina costituzionalistica; nell'impossibilità di dare conto in maniera esauriente del dibattito, ci si limita a rinviare, tra i molti, a L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, aggiornato al 5 maggio 2020, www.federalismi.it; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 19 maggio 2020; M. MIDIRI, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 4 maggio 2020, www.dirittifondamentali.it; M. BELLETTI, *La «confusione» nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 28 aprile 2020, www.osservatorioaic.it; V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale...anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 15 aprile 2020, www.dirittifondamentali.it; C. TRIPODINA, *La Costituzione ai tempi del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, www.costituzionalismo.it; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020, 18 marzo 2020, www.federalismi.it; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020. Si veda anche l'intervista rilasciata a Radio Radicale da F. LANCHESTER, *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, 6 marzo 2020, reperibile in www.radioradicale.it.

penitenziario, e i conseguenti rischi per la salute dei carcerati, non sembrano arrestare il crescente ampliamento legislativo del ricorso alla pena detentiva e a paradigmi di tipo securitario⁶³. Secondariamente, come già accennato, sul piano normativo la disciplina non innova l'ordinamento, posto che già in base alle norme in vigore prima dell'emergenza la magistratura di sorveglianza era legittimata, ed anzi doverosamente tenuta, ad una verifica dei provvedimenti adottati in tema di differimento della pena e/o di detenzione domiciliare, stante la natura temporanea degli stessi, per verificare la permanenza dei rispettivi presupposti; diverso, invece, l'impatto simbolico della disposizione, la quale sembra lasciar intendere che una norma di legge possa essere adottata per rimediare, correggere o «reindirizzare» la decisione di un giudice, qualunque essa sia, ove questa si discosti o metta in discussione certi indirizzi di politica penale⁶⁴. Non solo ciò rischia di creare un cortocircuito nel principio di separazione tra poteri, cardine dello Stato di diritto, ma lede in radice il fondamentale principio costituzionale che vieta a norme di legge recanti modifiche *in pejus* al senso sostanziale della pena di trovare applicazione retroattiva, secondo quanto anche di recente ribadito dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁵.

Infine. S'è già anticipato come l'implicito messaggio di sfiducia nei confronti della magistratura di sorveglianza appaia anche un portato del conflitto tra culture e correnti interne alla magistratura, giunto ormai ad un grado di radicalizzazione così preoccupante da sottendere forse, addirittura, visioni differenti dell'ordinamento penale e dei suoi pilastri basilari⁶⁶; la magistratura d'accusa, ed in particolare quella che profonde maggior impegno nella lotta alla criminalità organizzata, pare non di rado privilegiare linee di maggior rigore rispetto ai consueti meccanismi di ponderazione ancillari al sistema, sulla scorta anche di un lento ma costante mutamento del suo ruolo istituzionale che ha visto progressivamente ampliare in misura notevole i suoi poteri di stampo inquisitorio, peraltro a seguito delle debolezze mostrate da alcune riforme sistemiche degli ultimi decenni del secolo scorso⁶⁷.

⁶³ Così E. AMATI, *La strana genesi del cd. «Decreto Scarcerazioni». Tra i due litiganti il terzo soccombe*, cit.

⁶⁴ Nello stesso senso sembra muovere il riferimento compiuto dal Ministro della Giustizia, durante una seduta di *Question time* in Senato in data 7 maggio 2020, ad una circolare del DAP emanata il 2 maggio 2020 con la quale si invitavano i Direttori degli istituti penitenziari a comunicare immediatamente al Dipartimento le istanze presentate dai detenuti in regime di 41-*bis* o comunque appartenenti al circuito di «alta sicurezza», quasi che la decisione in ordine all'eventuale applicazione di misure extracarcerarie non fosse di esclusiva competenza della magistratura ma dovesse necessariamente essere da questa condivisa con gli organi politici.

⁶⁵ Proprio con riferimento ad una delle leggi-simbolo dell'indirizzo di politica penale qui richiamato, ossia la legge n. 3/2019 (cd. «Spazzacorrotti»), la Corte ha reputato incostituzionale l'applicazione «retroattiva» delle modifiche introdotte dalla predetta legge all'art. 4-*bis*, ord. pen.: accogliendo una visione di tipo sostanzialistico, la Consulta ha infatti ritenuto che queste ultime comportassero una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, e che la loro retroattività fosse dunque in contrasto con il principio di legalità delle pene ex art. 25, comma 2, Cost.: cfr. in tal senso Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32.

⁶⁶ Così G. FIANDACA, *Estremismo dell'antimafia e funzione di magistrato*, cit., 6; in proposito, l'A. formula l'auspicio di una proficua mediazione da parte di Csm e Scuola di formazione della magistratura per colmare i *deficit* formativi oggi a tal punto marcati da poter innescare estremismi e inconciliabili contrapposizioni tra culture giudiziali, ben al di là di un semplice «pluralismo delle voci».

⁶⁷ Cfr. G. GARGANI, *La metamorfosi della magistratura: da ordine a potere*, in *Diritto di difesa*, 23 maggio 2020, www.dirittodidifesa.eu, part. 3 s.: l'impostazione in senso «accusatorio» del codice di procedura penale entrato in vigore nel 1989 (cd. Codice «Vassalli») mostrò qualche debolezza sin dalle prime applicazioni, in parte per una non piena preparazione dei protagonisti del processo e in parte anche per l'interpretazione data dalla giurisprudenza costituzionale alle regole di formazione della prova. Se infatti non è mai stata messa in discussione la rigidità procedurale nella determinazione della prova dibattimentale, la Corte ha progressivamente ammesso che nella fase istruttoria potesse

Le descritte circostanze sono in parte da ricondurre ad uno scoloramento dei confini fra i diversi poteri all'interno dello Stato, ed in particolare ad un significativo indebolimento del potere legislativo, il quale sembra incontrare crescenti difficoltà tanto nella compiuta elaborazione di disposizioni generali ed astratte quanto nel compimento proprio di quel bilanciamento tra interessi e valori di cui esso è primo custode ordinamentale⁶⁸; a fronte di ciò, infatti, il fulcro di quel fondamentale compito si sposta dal momento della predisposizione a quello di applicazione della norma, cosicché inevitabilmente è la magistratura ad assumere su di sé, rispetto ad esso, una funzione di supplenza: ma più essa si incarica di decisioni *lato sensu* politiche in sostituzione del dibattito parlamentare, conseguentemente assumendo un ruolo sempre più prossimo a quello di arbitro di questioni sociali che rischia di intaccare la vocazione *super partes*, più tende a considerare se stessa svincolata dalla rigorosa sottoposizione alla legge⁶⁹ e viceversa legittimata dal sentimento popolare, alimentato dalla propaganda mediatica⁷⁰. Paradigmatico di tali tendenze è il modello provocatoriamente definito del «pubblico ministero da combattimento»⁷¹, il quale si propone costantemente all'opinione pubblica quale interprete di un'ideale giuspenalistico di integrità che rifiuta ogni compromesso, considerando prioritaria a qualunque costo la repressione di certi fenomeni criminali (di mafia, *in primis*); il paradosso della questione, come è stato opportunamente sottolineato, è che il predetto atteggiamento finirebbe per provocare un generale e diffuso imbarbarimento sociale che, ove portato all'estremo, rischierebbe di compromettere non solo l'irrinunciabile primato del diritto quale strumento di lettura dei fenomeni, ma soprattutto la doverosa prevalenza di paradigmi costituzionali

rilevare qualunque «progetto di prova», relativizzandone il valore: così facendo il pubblico ministero, da soggetto posto quale rappresentante dell'accusa in posizione dialettica rispetto al giudice 'terzo', ha assunto un ruolo diverso e quasi sovrapposto a quello di quest'ultimo, in cui prepondera la sua ampia (e sovrana) discrezionalità nella ricerca delle notizie di reato, supportata dall'obbligatorietà dell'azione penale. In senso analogo si v. anche M. GRIFFO – G. GUIDA, *Nel regno del pubblico ministero*, in *Diritto di difesa*, 23 maggio 2020, www.dirittodidifesa.eu, part. 3; sullo squilibrio di potere creatosi a favore della magistratura requirente all'interno dell'ordine giudiziario si v. anche l'articolo «Lo strapotere delle procure e quei giudici che non contano» a firma di F. Petrelli, apparso su *Il Riformista* in data 27 maggio 2020.

⁶⁸ Su tali temi v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, cit., part. 43 ss.; più di recente M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, nuova ed., Roma-Bari, Laterza, 2010.

⁶⁹ Questo aspetto rileva senza dubbio anche nelle recenti vicende che hanno riguardato le intercettazioni a carico di alcuni membri del Consiglio Superiore della Magistratura, riferibili a possibili improprie influenze sulle nomine all'interno del medesimo organo. Anche la tendenza a considerare il Csm come un organo di 'autogoverno' più che un organo di 'garanzia' dell'indipendenza della giustizia da indirette influenze governative può forse aver contribuito a rafforzare nei magistrati la convinzione di potersi, appunto, autogovernare sotto ogni aspetto: cfr. in tal senso S. CASSESE, *La Carta immaginaria*, il Foglio, 9 giugno 2020.

⁷⁰ Sull'argomento si veda anche G. GARGANI, *La metamorfosi della magistratura: da ordine a potere*, cit.; a riprova di come l'accresciuto carisma dei magistrati antimafia sia connesso ad un «indebolimento» della funzione legislativa, inoltre, si ricorda che originariamente il disegno di legge AC n. 2798, poi divenuto la legge delega 23 giugno 2017, n. 103 (cd. *Riforma Orlando*), aveva disposto tra gli indirizzi di riforma la eliminazione di automatismi e di preclusioni connessi anche al cd. «ergastolo ostativo»: a seguito tuttavia di un accorato appello da parte del Procuratore nazionale antimafia, che esprimeva la sua assoluta contrarietà a modifiche legislative di attenuazione del vigente regime, è stato introdotto un emendamento che espressamente ha escluso dalla revisione «i casi di eccezionale gravità e pericolosità» nonché «i reati di mafia e terrorismo anche internazionale», con ciò peraltro vanificando di molto la portata innovatrice della riforma, peraltro poi rimasta inattuata a seguito dell'avvicendamento tra legislature. In tema v. D. GALLIANI – A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 6 ss. e la letteratura *ivi* richiamata.

⁷¹ Così G. FIANDACA, *Estremismo dell'antimafia e funzione di magistrato*, cit., 2.

di garanzia che riconoscono anche ai detenuti, finanche a quelli colpevoli dei più abietti reati, i diritti inalienabili che ad essi spettano in quanto ‘persone’⁷².

3.2. (segue) Magistratura, politica e dialettica tra poteri

Qualche riflessione merita infine l’aspetto più generale sotteso alle vicende sin qui descritte; se da un lato, come s’è detto, l’acceso dibattito scaturito dai provvedimenti adottati dai magistrati di sorveglianza rivela tensioni interne al potere giudiziario, è altrettanto vero che esso porta ad interrogarsi anche sulle *liasons dangereux* esistenti tra quest’ultimo e mondo politico.

Magistratura ed esecutivo dovrebbero ovviamente camminare insieme su binari paralleli, ciascuno fedele alle proprie attribuzioni nel rispetto della separazione dei poteri e dei principi supremi dell’ordinamento che di essa costituiscono le garanzie ed il baluardo; essi sono i pilastri, accanto all’architrave legislativa, su cui si regge la sostanza stessa dell’istituzione Stato nella sua vocazione democratica. Eppure, soprattutto di recente, sono stati evidenziati da più parti alcuni sconfinamenti che rischiano di minare all’essenza questa architettura costituzionale fondamentale⁷³.

La prossimità tra le sfere della politica e della magistratura non è in effetti un fenomeno nuovo, né ha prodotto storicamente un’osmosi a senso unico: sul piano dell’organizzazione, ad esempio, già in epoca giolittiana si è infatti assistito alla prassi di affidare alte cariche ministeriali ad esponenti del potere giudiziario, con lo scopo forse di proteggere la giustizia

⁷² In tal senso si veda l’intervento dello scrittore Roberto Saviano su Twitter in data 4 maggio 2020, riportato e commentato in www.adnkronos.it; l’autore sottolinea anche come un carcere in cui si precludano le dinamiche umane e si trascurino i diritti costituisca substrato ideale sia per il consolidamento di posizioni di forza da parte delle organizzazioni criminali, le quali fondano di norma il proprio potere proprio su relazioni spietate ed intimidatorie, sia per l’effetto criminogeno e desocializzante che può spingere altri soggetti a delinquere, nella (erronea) convinzione di non godere di alcuna considerazione sociale.

⁷³ Si segnala in proposito che già da tempo, a discapito del Parlamento, è l’Esecutivo a presentarsi quale titolare privilegiato della funzione ordinamentale di produzione di norme di rango primario, per lo più in ossequio ad un paradigma di «normalizzazione dell’emergenza» quale movente legislativo. Per un approfondimento su questi temi v. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, Napoli, ESI, 2009; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, part. 191; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d’emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, 108 ss. Con specifico riguardo alla materia penale v. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit.; G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, cit., 76, il quale parla a questo proposito anche di «prevenzione legislativa senza fine». In argomento, più in generale, v. anche G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

stessa dalle ingerenze del governo⁷⁴; oggi questa abitudine appare ancor più invalsa di allora, per l'alta carica simbolica che tali nomine portano con sé⁷⁵.

Sotto il complementare profilo delle attribuzioni, ed in senso opposto, cronache di qualche decennio fa raccontano di scarcerazioni disposte dalla magistratura in applicazione della nuova disciplina sulla durata della custodia cautelare, e di un peculiare quanto drastico intervento della politica tramite un decreto di interpretazione autentica (e retroattiva) che provvide a riportare gli ex detenuti in carcere⁷⁶; o ancora, del tentativo dell'esecutivo di dare una prova di forza superando con decreto-legge una decisione giudiziaria in materia di cd. «fine vita», facendo leva su ragioni di necessità ed urgenza, fallito a seguito del diniego di sottoscrizione da parte del Presidente della Repubblica quale garante dell'equilibrio istituzionale⁷⁷. È invece storia più recente, come già accennato in precedenza, quella di un legislatore penale che inasprisce il regime carcerario per i condannati a reati di particolare gravità e introduce meccanismi duramente repressivi e di automatica applicazione: ciò anche con l'obiettivo implicito, si deve ritenere, di circoscrivere la fondamentale discrezionalità decisoria dei magistrati di sorveglianza, normalmente chiamati alla periodica verifica del percorso rieducativo compiuto dal reo e, in ragione dello stesso nonché con valenza incentivante, alla eventuale concessione di benefici carcerari e misure premiali alternative alla detenzione. Quest'ultima è di fatto la *ratio* che connota tutte le più recenti riforme in materia penitenziaria, che hanno di regola visto la luce quale risposta punitiva e «di forza» alla recrudescenza di fenomeni criminosi di particolare gravità e all'allarme sociale da essi creato, a tutela di diffuse istanze di sicurezza sociale e collettiva.

⁷⁴ Alla base di questo processo fu senza dubbio la concettualizzazione che vedeva l'ordine giudiziario quale «settore specializzato della pubblica amministrazione», ma va d'altronde considerato che in questo periodo immediatamente post-unitario il dogma della divisione dei poteri si presentava ancora imperfetto e bisognevole di ulteriore implementazione, come dimostrano forse anche le (coeve) vicende storico-giuridiche di abolizione, con legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, degli organi di 'contenzioso' amministrativo (introdotti proprio per sottrarre la pubblica amministrazione al controllo giurisdizionale) e successiva sostituzione degli stessi con la 'giurisdizione' amministrativa. Sul tema si v., incisivamente, S. CASSESE, *Montesquieu tradito*, articolo apparso sul *Foglio*, 12 maggio 2020.

⁷⁵ In tal senso si richiama il recente e ben noto dibattito tra il Ministro della Giustizia e il magistrato Nino di Matteo, avente ad oggetto la mancata nomina di quest'ultimo a capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria; il rilievo tanto istituzionale quanto mediatico assunto dalla vicenda ha addirittura giustificato la proposizione di una mozione di sfiducia individuale nei confronti dello stesso Ministro, poi respinta dal Senato (mozione n. 230, v. *infra*).

⁷⁶ Il riferimento è al ben noto decreto-legge 1 marzo 1991, n. 60, convertito nella legge 22 aprile 1991, n. 133 e recante «Interpretazione autentica degli articoli 297 e 304 del codice di procedura penale e modifiche di norme in tema di durata della custodia cautelare»; con esso, sotto la responsabilità politica del Ministro della Giustizia e del Presidente del Consiglio, e privilegiando un'interpretazione di tipo sostanzialistico, si provvide a privare di effetti la pronuncia con cui la Corte di Cassazione, solo pochi giorni prima, aveva disposto la scarcerazione di 43 imputati per reati di mafia per sopravvenuto decorso del nuovo termine massimo di custodia cautelare introdotto dal Codice di procedura penale del 1988 (cfr. la sentenza Cass. pen., I sez., 11 febbraio 1991, n. 674, Pres. Carnevale, Est. Dell'Anno).

⁷⁷ Ci si riferisce in tal senso al caso *Englaro*, delicatissima vicenda legata al dibattito sul cd. testamento biologico e alla connessa possibilità di interruzione dei trattamenti di sostentamento a persona in stato vegetativo irreversibile; per quanto qui rileva, si ricorda come anche in quel caso l'intenzione del Governo fosse quella di intervenire con decreto-legge per impedire la sospensione dei trattamenti di alimentazione e idratazione artificiali, di fatto superando una pronuncia della Corte di Cassazione a conferma del decreto con cui la Corte d'Appello di Milano, in funzione di giudice tutelare, aveva autorizzato la predetta interruzione. Il Presidente della Repubblica si rifiutò tuttavia di firmare il decreto, rilevandone seri profili di incostituzionalità, specialmente in relazione al principio di separazione e reciproco rispetto tra poteri: cfr. la lettera inviata dal Capo dello Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri in data 6 febbraio 2009, reperibile in www.presidenti.quirinale.it.

Non è una novità di oggi, dunque, una certa sovrapposizione tra politica e giustizia, specie nell'ambito degli indirizzi di politica criminale, per il loro alto valore simbolico di cui s'è detto in apertura; eppure, essa è indice di uno *stress* interno al circuito democratico, non solo in quanto veicolo di possibili radicalizzazioni delle reciproche posizioni, suscitate dalla volontà di riaffermare le proprie prerogative istituzionali, ma anche perché in tale contesto gli estremismi facilmente possono trasmettersi da una sfera all'altra, innescando una pericolosa competizione per ottenere il primato nell'opera di moralizzazione della società⁷⁸. Qualora ciò dovesse accadere, si assisterebbe ad un riduttivo appiattimento delle complesse sfaccettature sottese al trattamento penitenziario, con il mero prevalere di un paradigma rigorosamente punitivo e di un finalismo general-preventivo e deterrente della pena, a discapito delle garanzie costituzionali irrinunciabili che oggi troppo frequentemente appaiono «il grande assente» del dibattito culturale.

Il ruolo della magistratura, come già si è accennato, ha subito nel tempo profondi cambiamenti: nella necessità di sussidiare alcune debolezze di altri poteri essa si è trovata a dover svolgere alcuni compiti più marcatamente 'politici', sia sotto un profilo organizzativo-strutturale sia sul fronte delle attribuzioni, così che la tradizionale funzione di composizione del singolo conflitto mediante applicazione delle norme si è rapidamente evoluta in una composizione estesa anche ai conflitti sociali⁷⁹; parallelamente, le vicende di cronaca giudiziaria dell'ultimo decennio del secolo scorso hanno in parte contribuito a delegittimare la politica in quanto tale e a enfatizzare il ruolo della magistratura d'inchiesta e d'accusa, percepita dall'opinione pubblica come l'unica forza in grado di ristabilire l'ordine e la giustizia a fronte di diffusi fenomeni di malcostume connessi alle alte sfere del potere. L'esaltazione anche mediatica di un certo tipo di cultura giudiziaria che ha accompagnato questi sviluppi, peraltro alimentando le reciproche osmosi tra poteri, ha progressivamente contribuito ad un offuscamento del ruolo di garanzia affidato alla magistratura giudicante, custode della legalità e soggetta solo alla legge, imparziale per natura e prima garante della intangibilità dei precetti costituzionali; quest'ultima si è così trovata di frequente adombrata da ben precise scelte di indirizzo politico, non di rado, lo si ripete, oggetto di decisa censura da parte della Consulta in quanto contrarie all'equilibrio istituzionale stabilito dalla Carta.

Da molte parti si auspica dunque che il Legislatore e l'Esecutivo possano rafforzare il ruolo di responsabilità ed equilibrio che compete loro, superando la tendenza ad un

⁷⁸ E. AMATI, *La strana genesi del cd. «Decreto Scarcerazioni». Tra i due litiganti il terzo soccombe*, cit.

In proposito si ha l'impressione che il dibattito contemporaneo sia non di rado segnato da una pericolosa contaminazione fra il piano delle 'responsabilità' penali e quello delle 'sconvenienze' politico-morali: essa diviene strumento per giustificare alcuni estremismi ideologici di stampo giustizialista, che vengono in tal senso ricondotti ad una generale finalità di moralizzazione sociale ma finiscono in realtà per contribuire ad una delegittimazione della irrinunciabile funzione giurisdizionale e delle sue garanzie, rischiando di sovvertire così principi basilari dello Stato di diritto.

⁷⁹ In argomento si vedano, fra i molti, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss.; R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Relazione al Convegno organizzato dal Csm sul tema «L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele» (Agrigento, 17-18 settembre 2010), consultabile su www.csm.it; F. CIARAMELLI, *Legislazione e giurisdizione. Problemi di metodologia giuridica e teoria dell'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2007; C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1/2008, 45 ss.; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

alluvionale riformismo normativo in favore di politiche lungimiranti utili ad una reale soluzione dei problemi; allo stesso tempo si auspica che la magistratura sappia avvalorare la propria autentica ‘indipendenza’, e non soltanto l’autonomia o la separatezza, e che si confermi quale ‘ordine’ e non quale ‘potere’, in ossequio al dettato costituzionale⁸⁰; in tal senso, come si dirà in conclusione, potrebbe forse giovare il superamento del carattere unifunzionale dell’ordinamento giudiziario, che riunisce in un unico corpo pubblici ministeri e giudici. Da ultimo, nel dibattito contemporaneo non parrebbe inopportuna una più seria riflessione sul delicato rapporto fra politiche penali e comunicazione, sul presupposto che, come affermava opportunamente Albert Camus, «nominare male le cose è partecipare all’infelicità del mondo»⁸¹.

4. Considerazioni di sintesi

Vicende come quelle che si sono in questa sede richiamate e sinteticamente commentate, al di là degli accesi dibattiti che ne possono derivare, restano confinate ad una dimensione retorica ed effimera se non divengono l’occasione tanto per una seria riflessione sul problema carcerario del nostro Paese quanto per un’attenta ripermetrazione delle attribuzioni tra sfere di poteri.

Sotto quest’ultimo profilo, in primo luogo, non va infatti dimenticato come i recenti provvedimenti della magistratura di sorveglianza che hanno disposto il differimento di pena e la detenzione domiciliare per motivi di salute siano stati in più di un caso necessitati dal silenzio del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, pur sollecitato secondo le previsioni di legge, in ordine alla eventuale disponibilità di strutture sanitarie attrezzate ed alternative nelle quali disporre il trasferimento dei detenuti in regime di alta sorveglianza o di 41-*bis*⁸²; di fronte alla stringente urgenza di una decisione, i giudici hanno privilegiato la tutela della salute quale diritto incompressibile di ogni soggetto, anche se privato della libertà personale. Eppure, soluzioni alternative, e forse più ragionevoli, avrebbero potuto formare valide opzioni possibili qualora il DAP avesse provveduto alle necessarie verifiche

⁸⁰ Sottolinea la necessità per la magistratura di recuperare una «cultura della reputazione e della vergogna», sollecitando altresì un intervento di *moral suasion* del Presidente della Repubblica per una sollecita riforma del Csm, G.M. FLICK nell’intervista «*La giustizia e la vergogna*», cit.

⁸¹ «Mal nommer un objet, c’est ajouter au malheur de ce monde» affermava infatti A. CAMUS, *Sur une philosophie de l’expression*, Commento a B. PARAIN, *Recherches sur la nature et les fonctions du langage* (1942), in *Poésie* 44, 17, Paris, Gallimard, 22. In proposito cfr. ancora l’intervista a G.M. FLICK, «*La giustizia e la vergogna*», cit., ove ci si augura il recupero di un modello di informazione che rifiuti la costruzione dei reati basata su meri aspetti emozionali, per loro stessa natura transeunti rispetto all’offesa arrecata ai beni della vita.

⁸² Il riferimento è in particolare all’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Sassari in data 23 aprile 2020 con la quale si è concessa la detenzione domiciliare a Pasquale Zagaria, condannato per reati di stampo mafioso, sul presupposto che le cure per lo stesso necessarie quale *follow up* di precedenti terapie oncologiche, pur indifferibili, non fossero più erogabili nel consueto centro ospedaliero, temporaneamente adibito a «centro Covid-19»; nel silenzio del DAP, interpellato in ordine alla possibilità di un trasferimento del detenuto in altro istituto attrezzato, il giudice ha adottato la soluzione maggiormente conforme allo statuto costituzionale del detenuto ed anche, si deve ritenere, più ragionevole nel caso di specie. Per un approfondimento, A. DELLA BELLA, *Emergenza Covid e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, cit.

conoscitive e ad una corretta e anticipata pianificazione dei trasferimenti in caso di gravi infermità fisiche, specie stante l'esiguità del numero complessivo di detenuti assoggettati a regime detentivo speciale⁸³; in questo frangente sarebbe forse stato lecito attendersi, almeno sotto questo aspetto, maggiore incisività da parte degli uffici ministeriali di vertice, in ossequio anche ad un doveroso paradigma di collaborazione con gli organi giudiziari competenti alle valutazioni in materia di trattamento penitenziario. Anche da questo punto di vista, infatti, l'esecutivo avrebbe probabilmente potuto conciliare meglio le esigenze di tutela della salute dei detenuti, specie nell'emergenza pandemica, e quelle di sicurezza sociale, non limitandosi ad interventi normativi episodici, insufficienti a fronteggiare la straordinarietà della situazione e sotto alcuni profili anche di problematica applicazione⁸⁴; ed è proprio a fronte di queste circostanze che appare ancor più sproporzionata la reazione «colpevolizzante» nei confronti della magistratura giudicante.

Quanto ai rapporti fra culture interne alla magistratura, le riflessioni sin qui condotte sembrerebbero riportare al centro del dibattito il ben noto tema della separazione delle carriere all'interno dell'ordine giudiziario⁸⁵, nella consapevolezza che l'attuale unicità può aver contribuito all'intreccio ordinamentale alla base dell'implementazione mediatica e politica delle Procure e al contestuale indebolimento degli organi giudicanti; il superamento dell'attuale configurazione unifunzionale, tema su cui da tempo si confrontano i più autorevoli interpreti della materia, potrebbe infatti auspicabilmente contribuire ad arginare qualche tensione nei meccanismi di peso e contrappeso che reggono l'architettura del nostro sistema democratico.

Non pare poi inopportuna una riflessione conclusiva anche sulla questione carceraria e sul connesso problema del sovraffollamento, ormai connaturato all'esperienza nazionale: le richiamate vicende, anche a prescindere dalla contingente situazione emergenziale, possono essere l'occasione per lo Stato di riappropriarsi autenticamente del suo inderogabile ruolo di garante attivo dei diritti dei soggetti affidati alla sua custodia, onde evitare il rischio che

⁸³ Il *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41-bis dell'Ordinamento penitenziario 2016-2018*, pubblicato in data 4 febbraio 2019 dal *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale* riferisce di 748 detenuti sottoposti a tale regime; di numeri analoghi ha parlato di recente lo stesso Garante nell'intervista «*La situazione nelle carceri. Parla Mauro Penna*», 8 maggio 2020, cit.

⁸⁴ Si pensi, in tal senso, alle difficoltà riscontrate dalla magistratura di sorveglianza nella concreta applicazione dell'art. 123 del d.l. n. 18/2020, sia per i limiti ostativi imposti dalla norma all'utilizzo della detenzione domiciliare per ragioni di salute e sia per la materiale indisponibilità dei dispositivi elettronici e/o strumenti tecnici di controllo che dovrebbero accompagnare la misura ove l'espiazione residua superi i sei mesi, ai sensi del comma 3 della disposizione; per tale ultimo motivo, in particolare, è accaduto altresì che i giudici abbiano applicato d'ufficio, in luogo della nuova misura straordinaria, l'art. 1 della già vigente legge n. 199/2010, anch'essa in materia di esecuzione domiciliare della pena: cfr. in tal senso Uff. Sorv. Spoleto, ord. n. 724/2020, 27 marzo 2020. In altre occasioni si sono registrate pronunce di concessione della nuova misura, rinviandone tuttavia di fatto l'operatività alla materiale disponibilità dei necessari strumenti di controllo a distanza: cfr. Uff. Sorv. Venezia, 4 aprile 2020.

⁸⁵ A riprova dell'attualità e del rilievo intrinseco dell'argomento, si segnala il recente disegno di legge di iniziativa popolare, promosso dall'Unione delle Camere Penali Italiane nel febbraio 2019 e presumibilmente all'esame della Camera nelle prossime settimane, avente ad oggetto proprio la separazione dei rami requirente e giudicante dell'ordine giudiziario e la previsione di due distinti Csm; per un'analisi critica dello stesso si v. G. CASCINI, *Separazione delle carriere e assetto costituzionale della magistratura. I pericoli di una riforma che riduce l'autonomia dei magistrati*, in *Area democratica per la giustizia*, 22 ottobre 2019, www.aredg.it; C. CASTELLI, *La fine della magistratura costituzionale: DDL sulla separazione delle carriere*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2019, www.questionegiustizia.it. In tema si v. anche A. STELLA, *La riforma secondo i penalisti: separazione delle carriere e due Csm*, in *Il Riformista*, 7 giugno 2020.

il carcere, specialmente ora a seguito della pandemia, possa divenire il luogo in cui si accrescono le disuguaglianze che ledono la pari dignità sociale⁸⁶; in tal senso sarebbe auspicabile riportare al centro del dibattito il cd. «volto costituzionale della pena», rifuggendo ogni ideologia e retorica e programmando in agenda politica le riforme necessarie al sistema giustizia e al settore penitenziario che da troppo tempo vengono rimandate⁸⁷. Il costante impegno della magistratura di sorveglianza, nell'odierna emergenza come in via ordinaria, a far prevalere l'equilibrio, la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte trattamentali nel quadro delle garanzie costituzionali dovrebbero 'normalizzarsi', così da essere il volano per l'affermazione di un'idea del carcere non quale strumento normale di espiazione della pena ma quale *extrema ratio*; il recente dibattito sulle «scarcerazioni» sembra aver in tal senso aiutato ad acquisire piena consapevolezza di una realtà carceraria forse non corrispondente a quella dell'immaginario comune, della quale fanno parte anche soggetti in età avanzata o in condizioni di grave infermità o non autosufficienza, o comunque categorie 'deboli' che abbisognano di particolare tutela dei rispettivi diritti inalienabili⁸⁸.

Ripensando dunque in radice il modello carcerario parrebbe possibile tentare di porre rimedio al radicato problema del sovraffollamento, dando contestuale attuazione al prioritario finalismo rieducativo della pena senza al tempo stesso pretermettere le esigenze di sicurezza sociale; fulcro del sistema, sul presupposto che la certezza della pena non implichi necessariamente la sua integrale espiazione in carcere, sarebbe un ampio ricorso a misure alternative che consentano il graduale reinserimento del detenuto all'interno del tessuto sociale, allontanandolo allo stesso tempo dai rischi della pedagogia criminale non di rado esercitata dal carcere⁸⁹, ove ciò sia consentito dalle circostanze del caso e da una

⁸⁶ Sulle conseguenze della crisi pandemica su alcune categorie sociali già tradizionalmente «deboli» come anziani o reclusi, e sull'impatto che essa può provocare nell'accrescimento delle disuguaglianze, cfr. ancora l'intervista a G.M. FLICK, «*La giustizia e la vergogna*», cit. In tema si veda altresì il recente documento informativo del Consiglio d'Europa dal titolo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the frame work of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member States*, 7 aprile 2020, in www.coe.int; v. anche A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al Covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit.

⁸⁷ Può essere peraltro letto come un'opportunità in questo senso l'esito registrato da entrambe le mozioni di sfiducia individuale presentate in Senato da alcuni esponenti dei partiti di opposizione nei confronti del Ministro della Giustizia dopo i fatti qui ricordati (mozioni n. 230 e n. 235), entrambe respinte nella votazione del 20 maggio 2020; se è vero che a detta di molti tale esito troverebbe il suo fondamento nella cd. «ragion di stato», onde evitare di innescare una crisi di governo quanto mai inopportuna viste le contingenze presenti, è pur vero che ciò potrebbe sollecitare un ripensamento degli indirizzi di politica penale percorsi sinora ed un impegno per un reale rinnovamento del paradigma nel segno delle necessarie riforme.

⁸⁸ Si ricorda che anche i più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sembrano muovere in una prospettiva di garanzia e nel senso di una tutela il più possibile anticipata del diritto alla salute dei detenuti; ai fini dell'accoglimento di istanze di differimento facoltativo della pena ex art. 147, comma 1, n. 2 cod. pen., ad esempio, non si ritiene indispensabile una incompatibilità assoluta tra le condizioni di salute del reo e lo stato di detenzione, ma è sufficiente che le infermità siano tali da comportare un serio pericolo per la vita o da non assicurare la prestazione di adeguate cure mediche o da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in contrasto con il diritto alla salute o con il senso di umanità che sempre devono improntare il trattamento penitenziario: cfr. in tal senso Cass. pen., sez. I, n. 27352/2019.

⁸⁹ Sono tristemente noti, in questo senso, gli effetti «diseducativi» e desocializzanti della detenzione carceraria, in ragione della frattura insuperabile che esso normalmente crea tra universo penitenziario e realtà esterna; per porre rimedio a tali criticità e orientare in chiave rieducativa l'intero sistema sanzionatorio pare dunque indispensabile una sua revisione organica, ben più estesa degli interventi frammentari sinora adottati dal Legislatore, spesso peraltro rivelatisi inefficaci poiché non supportati dall'approntamento e dall'implementazione di idonee strutture organizzative

valutazione giudiziaria individualizzata che tenga conto del percorso trattamentale del reo e, naturalmente, della sua pericolosità. Seguendo queste coordinate sembrerebbe possibile modellare un nuovo e più elevato codice etico che nobiliti la narrazione giuspenalistica, riconducendola entro i binari virtuosi del principio personalista e della più autentica costituzionalità valoriale⁹⁰ e riducendo così il divario progressivamente apertosi tra ‘legge’ penale e ‘diritto’ penale⁹¹.

In questa cornice deve peraltro leggersi il recente deferimento alla Corte costituzionale di diverse questioni di legittimità riferibili al d.l. n. 29/2020, con le quali i giudici *a quibus* lamentano una violazione tanto dello statuto costituzionale dei detenuti e dei loro fondamentali diritti alla salute e alla difesa, quanto dell’indipendenza della magistratura e del principio di separazione tra poteri⁹²: ancora una volta, dunque, sembra essere il giudice costituzionale l’organo a cui l’ordinamento demanda il ruolo di garante ultimo dell’equilibrio tra le forze istituzionali e il compito di ricondurre gli indirizzi di politica penale nell’alveo della proporzionalità, della ragionevolezza e del congruo bilanciamento fra contrapposti interessi; in questo senso, peraltro, non pare illusorio l’auspicio che simili circostanze forniscano l’occasione per un’autentica e proficua dialettica tra poteri, tale da instaurare un dialogo istituzionale costruttivo che possa eventualmente condurre, almeno in prospettiva *de iure condendo*, al correttivo di possibili sviamenti normativi dettati dall’emergenza, ove accertati.

esterne al carcere, o viceversa perché improntati ad un approccio meramente «indulgenziale» e «condonatorio» che rischia paradossalmente di provocare conseguenze criminogene: per tali riflessioni v. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., part. 298, 344; sul tema si vedano anche F.C. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Convegno di studio «Enrico de Nicola», XXIII, Milano, Giuffrè, 2002, 149 ss., part. 154; T. PADOVANI, *L’utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, 1 ss.; G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 3-4/1982, 437 ss., part. 474 ss.; E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 469 ss.

⁹⁰ Diffusamente su questi temi G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, cit.

⁹¹ Sulla distinzione assiologica tra *lex* e *ius* in materia penale si veda di recente, per tutti, M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il pensiero. Rivista di filosofia*, 2/2019, 45 ss.; la prima costituirebbe il prodotto di politiche criminali fortemente orientate in senso punitivo e general-preventivo che sottendono intenti opportunistici e/o ideologici, mentre il secondo identificerebbe la dogmatica saldamente fondata su basi costituzionali.

⁹² Il riferimento è, da ultimo, all’ordinanza 9 giugno 2020 del Tribunale di Sorveglianza di Sassari con la quale si è sollevata q.l.c. del d.l. n. 29/2020 per contrasto con gli artt. 3, 27, 32, 102 e 104 Cost.: i tempi assai ridotti concessi dal decreto per la rivalutazione implicherebbero infatti una invasione delle attribuzioni dell’autorità giudiziaria e una menomazione della discrezionalità di quest’ultima, impedendo una congrua verifica delle condizioni di salute dei detenuti e/o dell’adeguatezza delle alternative offerte dal DAP, e obbligando sostanzialmente i giudici a pronunce ricognitive delle determinazioni amministrative o dei pareri delle Procure antimafia. Già in precedenza, peraltro, l’ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto in data 26 maggio 2020 aveva sollevato q.l.c. dell’art. 2, d.l. n. 29/2020 per contrasto con gli artt. 3, 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost.: l’unilateralità della rivalutazione affidata dalla norma al magistrato di sorveglianza contrasterebbe infatti, a parere del giudice *a quo*, con il dovere di necessario formale coinvolgimento della difesa tecnica dell’interessato imposto dal principio del contraddittorio e dal diritto di difesa. In tema v. M. GIALUZ, *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c’è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione*, in *Sistema penale*, 5 giugno 2020, www.sistemapenale.it.

ABSTRACT

Le recenti vicende di cronaca riguardanti l'impatto dell'emergenza sanitaria sugli istituti penitenziari e sull'espiazione della pena per i detenuti forniscono l'occasione per riflettere tanto sulla questione carceraria, criticità ormai ben nota del nostro Paese, quanto sul delicato bilanciamento tra diritto alla salute e sicurezza sociale in ambito penale, ed infine sui fragili equilibri fra differenti poteri.

Sotto quest'ultimo aspetto si segnala infatti, in particolare nell'ambito giuspenalistico, la pericolosa tendenza ad una radicalizzazione dei conflitti fra culture interne al potere giudiziario e ad un inasprimento delle tensioni fra quest'ultimo e la politica; essi di frequente celano scontri ideologici, peraltro acuiti da certe derive comunicative, che paiono mettere indebitamente in ombra la Costituzione, le sue garanzie e il cd. «volto costituzionale» della pena.

The recent events concerning the impact of health emergency on penal institutions and on punishment expiation provide the opportunity to reflect either on prison issues, a well-known problem of our Country, on the delicate balance between the right to health and the social security in the penal field, and on the fragile relations between different powers.

On this last aspect it is possible to point out, most of all in criminal law, the dangerous tendency to radicalize conflicts between different cultures inside judicial power and to tighten up tensions between the latter and politics; those situations frequently hide ideological struggles, often sharpened by mass media, which neglect the Constitution, its guarantees and the so called «constitutional face of punishment».

PAROLE CHIAVE: emergenza sanitaria Covid-19, scarcerazioni, questione carceraria, volto costituzionale della pena, equilibrio tra poteri.

KEY WORDS: Covid-19 health emergency, prison release, prison issues, constitutional face of punishment, balance of powers.