

# L'ALTRO DIRITTO

## RIVISTA

**Carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni**



**2021 - Vol. 5**

# L'ALTRO DIRITTO

## RIVISTA

CARCERE, DEVIANZA, MARGINALITÀ E GOVERNO DELLE MIGRAZIONI

FONDATA NEL 1997 DA DANILO ZOLO E EMILIO SANTORO

EDITORE PACINI GIURIDICA, PISA

### **Direttore**

Emilio Santoro

### **Redazione**

Salomé Archain (Università di Firenze), Carlo Botrugno (Università di Firenze), Barbara Giovanni Bello (Università di Milano Statale) Maria Giulia Bernardini (Università di Ferrara), Carlo Caprioglio (Università Roma Tre), Sofia Ciuffoletti (Università di Firenze), Elena Cuomo (Università di Napoli Federico II), Lavinia D'Errico (Università Suor Orsola Benincasa), Gianmarco Gori (Università di Firenze), Federico Oliveri (Università di Pisa), Rosaria Piroso (Università di Firenze), Alessandra Sciarba (Università di Palermo), Laura Scudieri (Università di Genova), Alessandra Straniero (Università della Calabria)

### **Comitato scientifico internazionale**

Adalgiso Amendola (Università di Salerno), Thomas Casadei (Università di Modena e Reggio Emilia), José Daniel Cesano (Università di Cordoba Arg.), Adriana Dias Vieira (Università Federale Paraiba) Isabel Fanlo Cortes (Università di Genova), Davide Galliani (Università di Milano Statale), Orsetta Giolo (Università di Ferrara), José Roberto Goldim (Università Federale Rio Grande do Sul), Piero Graglia (Università di Milano Statale), Alfonso de Julios Campuzano (Università di Siviglia), Flaviane de Magalhães Barros (Università PUC Minas Gerais), Letizia Mancini (Università di Milano Statale), Alberto di Martino (Università Sant'Anna Pisa), Juan Manuel Otero (Università Nazionale Rio Negro), Luigi Pannarale (Università di Bari Aldo Moro), Pedro Parini Marques de Lima (Università Federale Pernambuco), Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (Università Federale Paraiba), Ciro Pizzo (Università Suor Orsola Benincasa), Lucia Re (Università di Firenze), Enrica Rigo (Università Roma Tre), Filippo Ruschi (Università di Firenze), Marcia Santana Fernandes (Università Feevale), Aldo Schiavello (Università di Palermo), Stefano Simonetta (Università di Milano Statale), Ciro Tarantino (Università della Calabria), Anderson Vichinkeski Texeira (Università Vale dos Sinos)

# **L'ALTRO DIRITTO**

## **RIVISTA**

**CARCERE, DEVIANZA, MARGINALITÀ E GOVERNO DELLE  
MIGRAZIONI**

**2021**

**ISSN 1827-0565**



**Pacini  
Giuridica**

# Indice

## *O tempora o mores*

- SALOMÉ ARCHAIN, OLGA CARDINI  
L'ineffettività del diritto d'asilo alla frontiera.  
Fra prassi informali e diritti negati 6

## *Saggi e commenti*

- KATIA PONETI  
Le REMS in prospettiva costituzionale:  
sul diritto alla salute contro il potere di rinchiudere 56
- PIETRO PELLEGRINI  
Un commento a “Le REMS in prospettiva costituzionale:  
sul diritto alla salute contro il potere di rinchiudere” 101
- CIRO TARANTINO  
Vizio di Forma. La disabilità come elemento  
Sfuggente alla forma ‘standard’ 108
- ELENA M. TRPEVSKA, GORDANA LAŽETIĆ  
Prisons in the Republic of North Macedonia 119
- CARLO MARIA MUSTARO  
L'ergastolo ostativo e il diritto penale del nemico:  
una ricerca sul campo 147
- VINCENZO SCALIA  
Scarcerazioni facili o coscienza collettiva?  
Una critica garantista dell'antimafia tradizionale 166



MARIA CRISTINA FROSALI

La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti  
tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale  
di Sorveglianza di Firenze

185

Biografia degli autori

241



# L'ineffettività del diritto d'asilo alla frontiera. Fra prassi informali e diritti negati

Salomé ARCHAIN\*

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze

Olga CARDINI

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze

**ABSTRACT:** The human rights violations and the illegal pushbacks that asylum seekers systematically suffer in the attempt to enter the European Union through the 'Balkan Route' are nowadays a widely documented reality. However, access to justice and judicial protection – to which they are entitled – are not often a viable course of action for migrants trapped into this humanitarian crisis. This article analyses the implications of the recent decision n. 5642/2020 of the Court of Rome, which represents the first ruling in Italy ascertaining the illegality of 'informal re-admissions' enacted by the government against asylum seekers at the border. The authors intend to investigate the legal framework and the most relevant European rulings in which the decision take place. Indeed, as a result of this case, the Italian Ministry of the Interior was ordered to allow the claimant's immediate access to Italian territory and to examine his asylum application, acknowledging the inhuman and degrading treatment migrants are subjected to along the 'Balkan Route'. Within the analysis, a specific focus is given to States' obligations towards migrants applying for international protection at the border and to formal limits that bilateral agreements must respect

## 1. Prime riflessioni sull'ineffettività del diritto di asilo alla frontiera alla luce dell'ordinanza RG n. 56420/2020 del Tribunale di Roma

La recente ordinanza RG n. 56420/2020 del Tribunale di Roma<sup>1</sup> ha finalmente acceso i riflettori del diritto sull'illegittimità dei respingimenti informali dei migranti, operati al

---

\* Contatto: Salomé ARCHAIN | salome.archain@unifi.it

Le autrici hanno condiviso il progetto e gli argomenti esposti nell'articolo nella sua interezza. Salomé Archain si è occupata della stesura finale dei paragrafi 1, 2 e 5, mentre Olga Cardini dei paragrafi 3 e 4.



confine italo-sloveno, da parte delle autorità italiane. Tale ordinanza rappresenta uno snodo fondamentale per l'effettiva tutela dei diritti dei migranti alla frontiera, sotto un duplice profilo: non solo per il suo contenuto sostanziale, poiché per la prima volta viene sancita l'illegittimità di tali procedure informali di riammissione attuate in base all'accordo siglato tra Italia e Slovenia nel 1996, ma anche per ciò che essa rappresenta sul piano della giustiziabilità<sup>2</sup> del diritto di asilo.

Infatti, grazie all'eccezionale lavoro di collaborazione fra le avvocate Caterina Bove e Anna Brambilla dell'ASGI, insieme a Border Violence Monitoring Network (BVMN) e al giornalista Martin Gottske<sup>3</sup>, è stato possibile introdurre in un'aula di tribunale le istanze di chi solitamente si trova inerme di fronte ai soprusi perpetrati lungo la 'rotta balcanica' e dinanzi al sistematico rifiuto di registrazione delle domande di protezione internazionale da parte di tutti i Paesi, anche Stati membri dell'Unione europea, che dovrebbero invece applicare il sistema di garanzie previsto dalla normativa vigente.

È sotto questo secondo profilo che l'ordinanza del Tribunale di Roma appare particolarmente complessa. Se da un lato, infatti, attraverso gli strumenti di accertamento della verità processuale, l'ordinanza ribadisce la responsabilità degli Stati con riguardo alla tragica ineffettività di tutela del diritto di asilo alla frontiera e dichiara illegittime le prassi informali autorizzate e sostenute dai Governi<sup>4</sup>; dall'altro, proprio grazie alla cristallizzazione in un atto giuridico della voce di chi si è visto negare l'accesso a tale sistema di protezione, essa restituisce dignità a tutti coloro che nel racconto del ricorrente rivedono parte del proprio vissuto. Un provvedimento che fa riflettere, ancora una volta, sulla portata del diritto di asilo

<sup>1</sup> L'ordinanza è consultabile all'indirizzo [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/01/Tribunale-Roma\\_RG-5642020.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/01/Tribunale-Roma_RG-5642020.pdf).

<sup>2</sup> Nel senso di effettiva possibilità di rivolgersi a un giudice, come più diffusamente analizzato da E. Santoro (2020) "«Una beffa alla sua miseria»: precondizioni dell'effettività del diritto ad avere diritti", *Ragion Pratica*, 2, 435-454, dove l'autore sottolinea che "Oggi, data la pluralità di fonti normative, di livelli diversi (nazionali, regionali, sovranazionali), il diritto ha cessato di essere, à la Weber, l'interesse a garanzia del cui soddisfacimento è posta la coazione statale, e si connota soprattutto, à la Kelsen, come la possibilità di rivolgersi ad un giudice".

<sup>3</sup> Così come riportato nel comunicato ASGI del 21 gennaio 2021, reperibile al seguente link: <https://www.asgi.it/allontamento-espulsione/bosnia-diritto-asilo-italia/>.

<sup>4</sup> Secondo A. Garapon (1996) *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, 1996, trad. it. (1997) *I custodi dei diritti*, Milano, Feltrinelli, la scena giudiziaria permette anche alle società liberal-democratiche "di rappresentarsi nei due sensi del termine, di comprendersi e di mettersi in scena. Offre a un mondo che diventa oscuro a sé stesso, a una società priva di progetti, l'occasione di guardarsi in faccia".



e sugli obblighi degli Stati di fronte a chi manifesti la volontà di richiedere tale protezione. Nonostante la pluralità di fonti normative che delineano il quadro di tutele – costituzionali, europee e internazionali – dei richiedenti asilo, la storia del ricorrente mostra quanto l'effettiva portata di tale protezione si debba misurare sempre di più con le difficoltà connesse all'accesso al diritto di difesa e al diritto ad un ricorso effettivo davanti a un giudice, senza i quali, il diritto è destinato a rimanere inattuato.

La negazione del sistema di garanzie poste a tutela del diritto di asilo, sembra essere portato avanti, soprattutto, ma non solo, a causa del moltiplicarsi degli accordi bilaterali per il controllo dei confini esterni dell'Unione europea e della ricerca continua di nuovi strumenti che possano accelerare e semplificare il trasferimento dei migranti intercettati alla frontiera. Non è la prima volta, infatti, che accordi di cooperazione bilaterale simili a quello stipulato fra Italia e Slovenia vengano contestati<sup>5</sup> poiché contrari alle garanzie procedurali e sostanziali previste dal Sistema Comune Europeo di Asilo, tanto che sia l'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA)<sup>6</sup> che il Consiglio europeo per i rifugiati e gli esiliati<sup>7</sup>, in numerose occasioni, hanno sottolineato i rischi connessi alla violazione dei diritti umani che si concretizzano nelle maglie del funzionamento di questo genere di strumenti di cooperazione bilaterale fra Stati.

La giustificazione di tali politiche di *governance* e cooperazione bilaterale appare incardinata sulla rigida distinzione fra 'regolarità' e 'irregolarità' dell'ingresso e soggiorno sul territorio dello Stato, dimenticando la fluidità di tali concetti e la molteplicità delle tutele previste per chi, anche a seguito di un ingresso irregolare in un determinato territorio, faccia richiesta di protezione. Con tali strumenti viene di fatto aggirato il sistema di garanzie

---

<sup>5</sup> Nella causa Sharifi e Altri c. Italia e Grecia, l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU per la riammissione non registrata e indiscriminata di stranieri verso la Grecia, sulla base dell'accordo bilaterale di riammissione concluso nel 1999.

<sup>6</sup> Si veda l'ultimo rapporto FRA (2020) "Migration: fundamental rights issues at land borders", dicembre 2020, reperibile al seguente link: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2020-land-borders-report\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-land-borders-report_en.pdf).

<sup>7</sup> Si fa riferimento, in particolare, al *policy paper* ECRE (2018) "Bilateral agreements: implementing or bypassing the Dublin regulation? ECRE's assessment of recent administrative arrangements on transfer of asylum-seekers and their impact on the CEAS", del dicembre 2018, reperibile al seguente link: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/12/Policy-Papers-05.pdf>.



previsto per i richiedenti protezione internazionale. Infatti, la generalizzazione della politica di contrasto all'immigrazione irregolare attraverso l'applicazione della Direttiva Rimpatri a chiunque abbia varcato la frontiera irregolarmente, anche ai potenziali richiedenti asilo e a chi rischia di subire trattamenti inumani e degradanti in caso di respingimento, rappresenta una elusione delle regole sulla responsabilità degli Stati di fronte a chi avrebbe diritto ad accedere alle procedure per la richiesta di protezione. Sul punto insiste anche l'ordinanza in commento che ribadisce come "il richiedente asilo (...) giammai può essere considerato irregolare sul territorio, quindi non può ritenersi soggetto che non soddisfi le condizioni di soggiorno sul territorio italiano"<sup>8</sup> ed essere di conseguenza allontanato secondo le previsioni della Direttiva Rimpatri<sup>9</sup>.

Come vedremo nel dettaglio nei paragrafi successivi, la polizia di frontiera dovrebbe pertanto limitarsi a identificare il prima possibile tutti i migranti rintracciati alla frontiera e in particolare, dovrebbe registrare le domande di coloro che manifestino la volontà di chiedere protezione internazionale, indipendentemente dal fatto che il loro ingresso sul territorio sia irregolare<sup>10</sup>. Si può parlare infatti di 'riammissione' del migrante alla frontiera, solo nel caso in cui, secondo quanto stabilito dall'articolo 6 par. 3 della Direttiva Rimpatri, gli Stati membri dell'Unione decidano di attivare la procedura di ripresa in carico dello straniero irregolare da parte del Paese di transito con il quale siano stati stipulati accordi di cooperazione bilaterale, delegando alle autorità di questo secondo Stato l'emissione del provvedimento di rimpatrio. Tuttavia, vi sono dei limiti all'applicazione di tale procedura semplificata: innanzitutto, essa non può essere attivata nei confronti dello straniero che abbia manifestato la volontà di presentare domanda di protezione internazionale e in secondo luogo, non può condurre, come accaduto al ricorrente che è stato respinto a ritroso dall'Italia fino alla Bosnia, ad una catena di riprese in carico che si concludano con un respingimento illegittimo fuori dal territorio dell'Unione.

<sup>8</sup> Si veda p. 6 dell'ordinanza.

<sup>9</sup> Vedi *infra*, p. 17.

<sup>10</sup> Si veda la Parte 2, Sezione I, punto 12 del Manuale pratico per le guardie di frontiera, Allegato della Raccomandazione della Commissione europea, C (2019) 7131 *final*, reperibile al seguente link: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/IT/C-2019-7131-F1-IT-ANNEX-1-PART-1.PDF>.



Cosa accade, però, nel caso in cui la domanda di protezione non venisse correttamente registrata e il richiedente fosse respinto fuori dall'Unione europea con la procedura mascherata della riammissione 'senza formalità'?

L'ordinanza del 18 gennaio 2021 svela in qualche modo l'inganno che queste prassi operano a discapito delle aspettative ben fondate di protezione di chi presenta domanda di asilo alla frontiera. Infatti, anche se non si può configurare un diritto indiscriminato del migrante irregolare di accedere e risiedere in un determinato territorio statale, al contempo anche il potere degli Stati di controllare l'ingresso, la permanenza e l'espulsione degli stranieri è soggetto a limitazioni. In questo senso, la pronuncia mostra come il discrimine del binomio inclusione/esclusione ad una determinata comunità non sia più legato alla distinzione fra l'essere cittadino o straniero, ma piuttosto, come sostenuto da Saskia Sassen<sup>11</sup>, fra coloro che hanno titolo per stare sul territorio e coloro che ne sono privi.

Si pone allora il problema di stabilire, come ha dovuto fare la dott.ssa Albano, se il migrante, che sia entrato irregolarmente sul territorio italiano e a cui sia stata negata, informalmente e in via immediata, la possibilità di presentare domanda di protezione internazionale, abbia diritto di ingresso nel territorio dello Stato al fine di accedere alla procedura di esame della sua domanda di protezione. Il Tribunale di Roma nella presente ordinanza, così come era già stato fatto con altra decisione del novembre 2019<sup>12</sup>, ribadisce che laddove le disposizioni del quadro europeo in materia di protezione internazionale non siano concretamente attuabili per ragioni non riconducibili alla sfera di dominio del richiedente protezione internazionale e del tutto indipendenti dalla sua condotta e volontà, debba trovare diretta applicazione l'art. 10 co. 3 della Costituzione. Altrimenti, secondo il Tribunale, ci si troverebbe di fronte ad un vuoto di tutela inammissibile, in un sistema che, a più livelli, riconosce e garantisce il diritto di asilo nelle sue diverse declinazioni<sup>13</sup>.

Sulla scorta di queste due pronunce, rientra potenzialmente in tale ipotesi di applicazione diretta dell'asilo costituzionale, chiunque si trovi nell'impossibilità di presentare

---

<sup>11</sup> S. Sassen (1996) *Losing control? Sovereignty in the Age of Globalization*, New York, Columbia Univ. Press.

<sup>12</sup> Tribunale di Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917.

<sup>13</sup> Si rimanda a pp. 15-16 della sent. 22917/2019.



domanda di protezione internazionale in quanto non presente, o non più presente, nel territorio dello Stato, in conseguenza di un fatto illecito commesso dalle autorità italiane (un fatto illecito che è stato individuato nel respingimento collettivo illegittimo dalla pronuncia del 2019 e nella riammissione informale in Slovenia, con un respingimento a catena fino alla Bosnia, dalla pronuncia del 2021).

È evidente però quanto sia complesso concretamente riuscire a presentare un ricorso come quelli che hanno portato alle due pronunce sopracitate, anche a causa delle tempistiche processuali necessarie per arrivare ad una decisione in merito. Se non risolutiva per la condizione di tutti coloro che avrebbero potenzialmente ‘un diritto di accesso’ ad un determinato territorio a seguito di un respingimento illegittimo, sicuramente la recente ordinanza ha risvegliato l’attenzione pubblica sulla condizione dei migranti nei Balcani e si aggiunge ad altre decisioni, come quella del Tribunale amministrativo sloveno dello scorso luglio 2020<sup>14</sup>, che ribadiscono il dovere degli Stati di rispettare i diritti dei migranti alla frontiera.

## 2. Il racconto del ricorrente: una storia come molte altre sui tentativi di ingresso in Europa attraverso la ‘rotta balcanica’

Con ricorso cautelare ai sensi dell’art. 700 c.p.c., il ricorrente esponeva di essere giunto in Italia, alla frontiera di Trieste, nell’estate del 2020 e di aver subito manifestato la volontà di presentare domanda di protezione internazionale poiché perseguitato nel proprio Paese di origine, il Pakistan, a causa del proprio orientamento sessuale.

Il ricorrente era arrivato in Italia con un gruppo di altre persone, cittadini pakistani, tutti intenzionati a presentare domanda di protezione. Tuttavia, giunto a Trieste, la propria richiesta di protezione era rimasta inascoltata; il ricorrente era stato condotto in una stazione di polizia, dove gli erano stati fatti firmare dei fogli in italiano, gli era stato sequestrato il telefono ed era stato ammanettato. Poche ore dopo, era stato caricato su un furgone e giunti in una zona collinare, era stato intimato, insieme alle altre persone con cui era stato intercettato

---

<sup>14</sup> Qui può essere letto un comunicato stampa sulla sentenza: [http://www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2020/07/Press-Release\\_Slovenian-Court-Ruling.pdf](http://www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2020/07/Press-Release_Slovenian-Court-Ruling.pdf).



alla frontiera, sotto la minaccia di bastoni, di iniziare a correre “dando il tempo della conta fino a 5”. Dopo circa un chilometro, i migranti erano stati tutti fermati dagli spari della polizia slovena che li aveva a sua volta arrestati e caricati su un furgone. Davanti alle autorità slovene, il ricorrente aveva nuovamente manifestato la volontà di presentare domanda di protezione internazionale, ma anche questa volta non era stato ascoltato. In Slovenia, il ricorrente era stato rinchiuso per la notte in una stanza senza cibo, acqua e accesso ai servizi igienici, insieme alle altre persone. Il giorno seguente, venivano tutti condotti al confine con la Croazia, con modalità simili a quelle delle autorità italiane, ma stavolta venivano anche perquisiti, presi a calci e colpiti con manganelli, mentre si trovavano a terra ammanettati con fascette di plastica. Una volta obbligato a superare il confine, il ricorrente era stato nuovamente maltrattato mentre era in consegna alla polizia croata: i migranti erano stati picchiati dagli agenti con manganelli ‘avvolti dal filo spinato’ e presi a calci sulla schiena. Inutilmente, il ricorrente aveva ribadito anche alle autorità croate la volontà di chiedere asilo. Condotti al confine con la Bosnia, gli agenti avevano cominciato un ‘conto alla rovescia’, terminato il quale avevano iniziato a colpire i migranti e a spruzzarli con spray al peperoncino, aizzando il pastore tedesco che era con loro che li aveva inseguiti cercando di morderli. Il ricorrente, giunto in Bosnia, era stato abbandonato in aperta campagna, vista la mancanza di posti disponibili al campo di Lipa e si era quindi diretto a Sarajevo dove aveva trovato riparo in un immobile abbandonato e distrutto dalla guerra.

In considerazione del trattamento subito, il ricorrente chiedeva al Tribunale di Roma che venisse accertato il suo diritto a presentare domanda di protezione internazionale in Italia, consentendo quindi il suo ingresso nel territorio al fine di accedere alla procedura di esame della sua domanda, stante l’illegittimità della condotta materiale delle autorità italiane consistita nell’aver riammesso il ricorrente in Slovenia pur sapendo che questo avrebbe comportato, a catena, il suo respingimento in Croazia e poi in Bosnia e il rischio concreto di subire trattamenti inumani e degradanti.

Ciò che emerge con drammatica evidenza dal racconto del ricorrente, i cui trattamenti subiti – è bene ricordare – sono stati ritenuti come “provati secondo gli standard di prova necessariamente attenuati tipici dei procedimenti cautelari”, è che la sua storia non



rappresenti affatto un episodio isolato, ma una prassi comune di riammissioni che ripercorrono a ritroso il percorso migratorio effettuato, volta a limitare gli ingressi in Europa, nonché approvata e difesa dalle autorità dei Paesi coinvolti.

Nell’informalità dei respingimenti e nelle modalità operative con cui questi vengono attuati possono essere individuate delle caratteristiche comuni a molte altre testimonianze raccolte negli ultimi anni da associazioni e organizzazioni non governative. Non a torto, dunque, il tentativo di raggiungere l’Europa attraverso la rotta balcanica viene definito dai migranti stessi come un gioco, *the game*<sup>15</sup>, poiché di questo si tratta: i loro diritti non vengono presi sul serio e sono necessari numerosi tentativi per provare a vincere<sup>16</sup>. Un gioco morboso, dove le persone mettono a rischio la propria vita non avendo altre alternative possibili, se non ritentare e continuare a sperare in una vita migliore.

L’ordinanza del Tribunale di Roma ha però evidenziato come le regole informali del gioco di forza operato alla frontiera non appartengano allo Stato di diritto, ma siano storture di sistema, illegittime sotto diversi profili e contrarie alla normativa nazionale, europea e internazionale.

## 2.1. Gli obblighi degli Stati di fronte allo straniero che chiede asilo

Dalle dichiarazioni del ricorrente emerge chiaramente come nessuno Stato membro dell’Unione europea (Italia, Slovenia e Croazia) che poteva essere potenzialmente competente in merito alla sua domanda di protezione, gli ha permesso di formalizzare domanda di asilo. Una volta impedito al ricorrente di essere riconosciuto formalmente come richiedente protezione internazionale per la mancata registrazione della sua domanda, la procedura di ‘riammissione informale’ in Slovenia che egli ha subito poche ore dopo l’ingresso in Italia sembra voler imitare, in maniera assolutamente illegittima rispetto a quanto previsto dalla normativa europea a tutela dei richiedenti protezione, un rimpatrio

<sup>15</sup> Fra i numerosi report si vedano: Oxfam, Belgrade Center for Human Rights, Macedonian Young Lawyers Association, “A Dangerous Game”, aprile 2017, reperibile al seguente link: [https://wwwcdn.oxfam.org/s3fs-public/file\\_attachments/bp-dangerous-game-pushback-migrants-refugees-060417-en\\_0.pdf](https://wwwcdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/bp-dangerous-game-pushback-migrants-refugees-060417-en_0.pdf); Amnesty International, “Pushed to the edge: Violence and abuse against refugees and migrants along Balkan Route”, marzo 2019, reperibile al seguente link <https://www.amnesty.org/en/documents/eur05/9964/2019/en/>.

<sup>16</sup> Lo stesso ricorrente, prima del respingimento effettuato a Trieste, era stato respinto già dieci volte dalla Croazia alla Bosnia, si veda notizia riportata da *Internazionale* al seguente link: <https://www.internazionale.it/notizie/annalisa-camilli/2021/01/22/italia-riammissioni-slovenia-illegali>.



semplificato nel Paese di transito del migrante irregolare<sup>17</sup> o addirittura una 'ripresa in carico' da parte dell'ipotetico Paese di primo ingresso del richiedente asilo, come se l'accordo bilaterale con la Slovenia potesse agire ad integrazione del sistema previsto dal Regolamento Dublino<sup>18</sup>.

Non solo al ricorrente è stato quindi impedito l'accesso al sistema di garanzie previsto per i richiedenti protezione internazionale, ma egli ha subito una serie di riammissioni a ritroso nei Paesi di primo ingresso che hanno simulato, ancora una volta senza alcuna garanzia nei suoi confronti e in violazione della normativa nazionale, europea e internazionale, una forma grottesca di 'ripresa in carico' del Paese competente per la domanda di protezione. Al termine di questa catena illegittima di riprese in carico nei Paesi di transito, il ricorrente è stato respinto illegalmente in Bosnia, al di fuori dai confini dell'Unione. Tuttavia, prima ancora che sul principio di *non refoulement* e sulle previsioni del Regolamento Dublino in merito all'individuazione dello Stato competente a decidere sulle domande di protezione, appare opportuno soffermare l'attenzione sugli obblighi degli Stati di fronte allo straniero che chiede asilo. In base a quanto stabilito dalla Direttiva 2013/32/UE (direttiva procedure), infatti, gli Stati membri "provvedono affinché chiunque abbia presentato una domanda di protezione internazionale abbia un'effettiva possibilità di inoltrarla quanto prima"<sup>19</sup>. Al fine di garantire un accesso immediato ed effettivo alla procedura di esame della domanda di protezione internazionale, secondo quanto riportato nel preambolo della Direttiva procedure "è opportuno che i pubblici ufficiali che per primi vengono a contatto con i richiedenti protezione internazionale, in particolare i pubblici ufficiali incaricati della sorveglianza delle frontiere terrestri o marittime o delle verifiche di

---

<sup>17</sup> Si fa questa assunzione, considerando l'inapplicabilità della Direttiva Rimpatri (Direttiva 2008/115/CE) ai richiedenti protezione internazionale. Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza C-534/11 – Arslan, del 30 maggio 2013, dove ha ribadito che "il richiedente asilo ha diritto a rimanere sul territorio dello Stato Membro in cui ha depositato la domanda fino al termine della procedura di primo grado o dell'eventuale ricorso e non può mai essere considerato in condizione di soggiorno irregolare: pertanto, la Direttiva Rimpatri non è applicabile ai richiedenti asilo".

<sup>18</sup> A questa ipotesi sembra far riferimento il Prefetto di Trieste che il 2 giugno 2020, replicando alle associazioni preposte all'accoglienza sul territorio triestino, ha sostenuto che secondo le direttive ricevute dal Governo, le riammissioni vengono attuate ad integrazione del Regolamento Dublino.

<sup>19</sup> Art. 6 par. 2 della Direttiva 2013/32/UE.



frontiera, ricevano le pertinenti informazioni e la formazione necessaria per riconoscere e trattare le domande di protezione internazionale”<sup>20</sup>.

Inoltre, nella stessa direttiva si afferma che “Considerato che i cittadini di Paesi terzi e gli apolidi che hanno espresso l’intenzione di chiedere protezione internazionale sono richiedenti protezione internazionale, essi dovrebbero adempiere gli obblighi e godere dei diritti conformemente alla presente direttiva e alla direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. A tal fine, gli Stati membri dovrebbero registrare il fatto che tali persone sono richiedenti protezione internazionale”<sup>21</sup>.

La normativa europea non prevede deroghe all’obbligo degli Stati di registrare le domande di protezione presentate, se non la possibilità di prorogare i termini per la registrazione “Qualora le domande simultanee di protezione internazionale da parte di un numero elevato di cittadini di Paesi terzi o apolidi rendano molto difficile all’atto pratico rispettare il termine (ordinario)”<sup>22</sup>. Peraltro, va sottolineato come “La volontà di chiedere la protezione internazionale manifestata anche con il timore di subire persecuzioni o danno grave nel Paese di origine può essere espressa dal cittadino straniero anche in forma orale e nella propria lingua con l’ausilio di un mediatore linguistico-culturale”<sup>23</sup>.

Sulla base delle disposizioni richiamate, il diritto alla protezione internazionale appare chiaramente come un diritto che non può essere soggetto a limitazioni discrezionali da parte dei singoli Stati, neppure quando tali limitazioni siano ricondotte al perseguimento di obiettivi, anche condivisi a livello europeo, di contrasto all’immigrazione irregolare. Si tratta sicuramente di una limitazione al potere politico degli Stati che comporta, quantomeno, l’obbligo di registrazione della domanda e l’accertamento individuale della sussistenza o meno dei requisiti per il riconoscimento della protezione.

Tuttavia, episodi come quello riportato dal ricorrente, di autorità di Stati membri dell’Unione europea che non registrano le domande di protezione, sono stati segnalati in numerose altre occasioni, in particolare a partire da marzo 2020 in concomitanza con il

<sup>20</sup> Considerando 26 della Direttiva 2013/32/UE.

<sup>21</sup> Ivi, considerando 27.

<sup>22</sup> Art. 6 par. 5 della Direttiva 2013/32/UE.

<sup>23</sup> Art. 3 co. 1 DPR 21/2015, Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale a norma dell’articolo 38, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25.

rispristino dei controlli alle frontiere interne adottato da molti Stati come misure per la tutela della salute pubblica a seguito dei rischi legati all'emergenza pandemica<sup>24</sup>.

Ad aprile 2020, la Commissione europea<sup>25</sup>, dopo la raccomandazione del 16 marzo in cui aveva chiesto una restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE a causa dell'emergenza Covid-19, ha adottato delle linee guida per garantire che l'accesso alla procedura di asilo venga comunque rispettato e prosegua il più possibile durante la pandemia. Nella Comunicazione si legge in particolare che “tutte le domande di protezione internazionale devono essere registrate e trattate, anche se con un certo ritardo”. La preoccupazione che il generico ripristino delle frontiere interne potesse limitare anche l'ingresso specifico dei richiedenti asilo per richiedere protezione è stata, purtroppo, confermata ad esempio dalla sospensione delle attività dell'ufficio asilo greco per gli arrivi alla frontiera greco-turca<sup>26</sup>.

Al di là della giustificazione addotta nei casi concreti, legata all'impossibilità di procedere con la regolare registrazione delle domande di asilo alla frontiera, un tale rifiuto delle autorità non appare giustificato dalla normativa richiamata e deve essere considerata una grave limitazione dei diritti umani.

Nell'ordinanza in commento, infatti, la mancata registrazione della domanda di asilo del ricorrente è stata ritenuta un atto illecito compiuto dalle autorità italiane e a causa di tale limitazione illegittima dei diritti dell'interessato, in attuazione dell'art. 10 co. 3 della Costituzione, è stato pertanto riconosciuto il diritto del ricorrente di fare ingresso nel territorio nazionale al fine di accedere alla procedura per il riconoscimento della protezione internazionale. Non si tratta del primo caso di applicazione diretta della norma costituzionale al fine di garantire il reingresso dello straniero sul territorio dello Stato che non gli ha

---

<sup>24</sup> UN High Commissioner for Refugees (2020) *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, 16 marzo 2020, reperibile al seguente link: <https://www.refworld.org/docid/5e7132834.html>.

<sup>25</sup> Commissione Europea (2020) Comunicazione “Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul re insediamento” (2020/C 126/02), 17 aprile 2020.

<sup>26</sup> Si veda il rapporto ISMU al seguente link: [https://www.ismu.org/le-garanzie-sul-diritto-di-asilo-nell-ue-nell-ambito-dell-emergenza-covid-19/#\\_ftnrefl](https://www.ismu.org/le-garanzie-sul-diritto-di-asilo-nell-ue-nell-ambito-dell-emergenza-covid-19/#_ftnrefl).



permesso di presentare la domanda di protezione<sup>27</sup>, né della prima condanna in tal senso nei confronti dell'Italia. Tuttavia, è la prima volta che un tribunale italiano riconosce che un simile atto illecito, tale da giustificare l'applicazione diretta dell'art. 10 co. 3 della Costituzione, è stato compiuto dalle autorità italiane sulla rotta terrestre al confine con la Slovenia, sollevando così numerosi dubbi sullo stato di tutela dei diritti fondamentali delle migliaia di persone bloccate lungo la rotta balcanica.

## 2.2. La violazione dei diritti degli stranieri alla frontiera che si cela dietro alla procedura delle 'riammissioni informali'

Oltre alla violazione del diritto di asilo compiuta dalle autorità italiane per la mancata registrazione della domanda di protezione del ricorrente, appare opportuno considerare lo strano uso del termine 'riammissioni informali' nei confronti degli stranieri irregolari rintracciati alla frontiera. Come verrà approfondito in seguito, una simile procedura deve considerarsi sicuramente illegittima quando applicata nei confronti dei richiedenti protezione internazionale<sup>28</sup>. Infatti, a seguito della manifestazione della volontà di richiedere la protezione internazionale deve necessariamente applicarsi la procedura prevista dal regolamento n. 604/2013 (Regolamento Dublino III) per la determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di protezione internazionale e un eventuale trasferimento in un altro Stato membro dell'Unione può essere effettuato solo all'esito dell'espletamento di tale procedura<sup>29</sup>.

Appare necessario sottolineare, però, che la procedura 'informale' di riammissione subita dal ricorrente sarebbe illegittima anche se attuata indiscriminatamente nei confronti di tutti i cittadini stranieri entrati irregolarmente nel territorio nazionale e non intenzionati a

<sup>27</sup> Allo stesso modo, infatti, si era proceduto nella sentenza del Tribunale di Roma del 28 novembre 2019, n. 22917 (cit. *supra*, nota n. 11) quando era stato applicato l'art. 10 co. 3 Cost. per garantire il reingresso di un gruppo di richiedenti protezione illegittimamente respinti verso la Libia, nonostante avessero manifestato la volontà di richiedere asilo. Come ricorda a p. 12 dell'ordinanza la giudice dott.ssa Albano, a seguito della sentenza del 28 novembre 2019, la richiesta di inibitoria dell'efficacia esecutiva della sentenza proposta dal Ministero è stata rigettata dalla Corte di Appello di Roma con provvedimento del 20 luglio 2020, consentendo così ai ricorrenti, richiedenti asilo eritrei respinti in Libia, di fare ingresso in Italia per presentare la domanda di protezione internazionale.

<sup>28</sup> Vedi *infra*, p. 17.

<sup>29</sup> Cfr. p. 7 dell'ordinanza in esame.



presentare domanda di protezione internazionale, poiché attraverso l'utilizzo di tale procedura è stato celato un respingimento collettivo illegittimo fuori dall'Unione con la sottoposizione dei migranti, peraltro, ai trattamenti inumani e degradanti descritti dal ricorrente e largamente documentati dai numerosi report di denuncia effettuati da chi opera su tali territori.

La mera condizione di irregolarità dell'ingresso o del soggiorno sul territorio, infatti, non giustifica l'automatica applicazione di procedure informali di riammissione fondate su accordi bilaterali fra Stati, poiché le autorità nazionali nell'esecuzione dell'accordo sono comunque vincolate dalle normative interne e dovranno sempre tenere conto della situazione concreta dello straniero.

Secondo quanto previsto dalla Direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri), "Le decisioni di rimpatrio e, ove emesse, le decisioni di divieto d'ingresso e le decisioni di allontanamento sono adottate in forma scritta, sono motivate in fatto e in diritto e contengono informazioni sui mezzi di ricorso disponibili"<sup>30</sup>. Anche nel caso in cui gli Stati decidano di astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio in virtù di accordi o intese bilaterali, rimettendo allo Stato di transito che riprende in carico lo straniero il dovere di applicare la previsione procedurale dall'art. 6 par. 3 della Direttiva, l'allontanamento – che è di per sé un atto coercitivo e limitativo della libertà personale – non potrà avvenire in maniera completamente flessibile e 'informale'. Infatti, trattandosi di provvedimenti restrittivi della libertà personale, a cui si aggiunge il periodo di trattenimento trascorso presso la stazione di polizia, è comunque sempre necessaria la preventiva convalida del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria in attuazione dell'art. 13 della Costituzione.

La Corte Costituzionale, come richiamato nell'ordinanza in commento, a partire dalla sentenza n. 105/2001<sup>31</sup> era già intervenuta sulla necessità di convalida del trattenimento e del rimpatrio dello straniero, sottolineando come

---

<sup>30</sup> Art. 12 par. 1 della Direttiva 2008/115/CE.

<sup>31</sup> Per le sentenze successive in materia si rimanda a p. 15 del presente contributo.



è comunque la forza del precetto costituzionale dell'articolo 13 a imporre una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida: un controllo che non può fermarsi ai margini del procedimento di espulsione, ma deve investire i motivi che hanno indotto l'amministrazione procedente a disporre quella peculiare modalità esecutiva dell'espulsione – l'accompagnamento alla frontiera – che è causa immediata della limitazione della libertà personale dello straniero e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento<sup>32</sup>

Sicuramente gli strumenti di cooperazione bilaterale fra Stati membri dell'UE per il contrasto all'immigrazione irregolare sono stati più volte riconosciuti dall'Unione come un utile contributo allo sforzo comune del controllo delle frontiere. Da ultimo, nella Raccomandazione n. 2017/820 della Commissione si legge infatti che:

La corretta applicazione degli accordi bilaterali di riammissione conformemente all'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio può servire ad affrontare i movimenti secondari dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. In termini di contrasto delle minacce all'ordine pubblico o alla sicurezza interna, gli accordi bilaterali possono anche contribuire a conseguire risultati analoghi a quelli ottenuti con controlli di frontiera mirati alle frontiere interne, limitando al tempo stesso l'impatto sulla circolazione dei viaggiatori in buona fede<sup>33</sup>

Tuttavia, l'elevato ricorso allo strumento delle riammissioni informali in Slovenia operate nell'arco del 2020<sup>34</sup>, quantomeno nel caso del ricorrente cui si riferisce l'ordinanza in commento, svela un uso distorto di tale meccanismo che, non prevedendo l'emissione di un ordine di rimpatrio da parte dell'Italia a causa della flessibilità procedurale che lo caratterizza, di fatto cela una violazione del divieto di *refoulement* degli stranieri rintracciati in condizione di irregolarità alla frontiera.

---

<sup>32</sup> Cfr. p. 3 della sentenza.

<sup>33</sup> Raccomandazione n. 2017/820 della Commissione relativa a controlli di polizia proporzionati e alla cooperazione di polizia nello spazio Schengen, del 12 maggio 2017, para. 19 del preambolo.

<sup>34</sup> Tra il primo gennaio e il 15 novembre 2020 sono state riammesse 1.240 persone sul confine italo-sloveno, un incremento del 423% rispetto all'anno 2019. Si vedano gli ulteriori riferimenti alla nota n. 50 del presente contributo.

Sui rischi connessi a questo tipo di riammissione informale insiste la Giudice Albano che ribadisce come in questo modo venga sostanzialmente negato allo straniero di poter esercitare i suoi diritti fondamentali, compreso il diritto a un ricorso effettivo in violazione della normativa nazionale, sovranazionale e internazionale<sup>35</sup>. Inoltre, la Giudice solleva dubbi di coerenza sistemica delle ‘riammissioni informali’ con quanto previsto dall’art. 10 ter D.lgs. n. 286/1998 secondo cui il cittadino straniero rintracciato in occasione dell’attraversamento irregolare delle frontiere nazionali debba essere condotto presso gli appositi punti di crisi per le esigenze di soccorso e prima assistenza, nonché per procedere alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico<sup>36</sup>. Sotto questo profilo appare particolarmente interessante l’ordinanza del 18 gennaio 2021, poiché nel ribadire l’assoluta illegittimità delle ‘riammissioni informali’ effettuate nei confronti dei richiedenti asilo, sottolinea la necessità di una valutazione attuale e concreta della condizione dello straniero irregolare alla frontiera che, anche qualora non fosse intenzionato a presentare domanda di protezione, deve essere tutelato dal rischio di subire riammissioni a ritroso, che si concludono con un respingimento fuori dall’Unione, verso Stati in cui potrebbe subire torture o trattamenti inumani e degradanti.

### 3. L’Accordo bilaterale fra Italia e Slovenia sulla riammissione delle persone alla frontiera: origine e applicazione

Considerata la rilevanza dell’Accordo bilaterale fra Italia e Slovenia per gli accadimenti riferiti nell’ordinanza in esame, appare opportuno provare a ricostruire l’origine e l’applicazione di tale strumento, a partire dal contesto in cui si è sviluppato: la prima fase di

<sup>35</sup> Con particolare riferimento all’art. 24 della Costituzione Italiana, all’art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e all’art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.

<sup>36</sup> In base all’art. 10 ter d.lgs. n. 286/1998 “Lo straniero rintracciato in occasione dell’attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi (...). Presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico (...) ed è assicurata l’informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell’Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito”.



cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri della Comunità Europea in materia di immigrazione e asilo. In vista dell'eliminazione dei controlli ai confini comuni tra gli Stati europei, necessaria all'obiettivo di realizzare un mercato interno comune, è divenuto indispensabile, infatti, trasferire a livello sovranazionale la disciplina dell'ingresso e soggiorno dei cittadini di Stati terzi. Il rischio percepito da alcuni Stati era che le differenze tra le legislazioni nazionali avrebbero causato una maggiore attrazione verso i Paesi con un sistema di accoglienza più avanzato, quindi, la cooperazione nel settore dell'immigrazione e dell'asilo nasce, a partire dagli anni '80, con l'obiettivo di controbilanciare il deficit di sicurezza derivante dall'eliminazione dei controlli alle frontiere interne<sup>37</sup>.

Si giunse così all'adozione dell'Accordo di Schengen, che definiva i principi e i criteri per il processo di graduale abolizione delle frontiere comuni tra gli Stati aderenti<sup>38</sup> e, successivamente, alla Convenzione di Dublino<sup>39</sup>. Lo scopo dichiarato della Convenzione era quello di porre rimedio alla problematica dei rifugiati in orbita, "rinvii da uno Stato membro ad un altro senza che nessuno di questi Stati si riconosca competente per l'esame della domanda"<sup>40</sup>. Tale fenomeno era dovuto all'assenza di un obbligo alla concessione dell'asilo, poiché il diritto internazionale prevede solo il diritto individuale a richiedere asilo e il principio di *non refoulement*, lasciando invece piena discrezionalità agli Stati rispetto alla valutazione delle domande. Emergeva quindi la tendenza da parte dei Paesi di destinazione dei flussi migratori a concedere lo status solo agli stranieri provenienti da Paesi d'origine in cui la loro vita fosse direttamente minacciata e che potevano provare il rischio di persecuzione individuale<sup>41</sup>.

La Convenzione di Dublino interviene dunque a definire i criteri per l'individuazione dello Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo, preservando però esplicitamente la possibilità di rifiutare l'ingresso o espellere il richiedente verso un Paese terzo, conformemente alla propria legislazione nazionale e nel rispetto degli obblighi

<sup>37</sup> V. Cherubini (2015) *Asylum Law in the European Union*, Routledge, Londra, pp. 129-133.

<sup>38</sup> Gli impegni assunti in tale Accordo si concretizzarono cinque anni più tardi con la firma della Convenzione di applicazione, che entrò in vigore nel 1995.

<sup>39</sup> Firmata nel 1990 da undici Paesi membri, entrò in vigore nel settembre del 1997, sostituendo così il capitolo VII della Convenzione Schengen dedicato all'asilo.

<sup>40</sup> Convenzione di Dublino, quarto considerando.

<sup>41</sup> V. Lenzerini (2009) *Asilo e diritti umani*, Giuffrè, Milano, pp. 83-111.



internazionali<sup>42</sup>. Pertanto, dal momento che i Paesi terzi non erano tenuti ad esaminare la domanda in virtù di alcun obbligo convenzionale, i richiedenti che venivano trasferiti dallo Stato membro competente verso un Paese terzo considerato sicuro spesso si ritrovavano a vagare fuori dall'allora Comunità Europea, nel disperato tentativo di ottenere un esame nel merito della propria domanda. Questa circostanza ha fatto sì che gli Stati membri procedessero all'adozione di una serie di accordi di riammissione con i Paesi terzi confinanti, finalizzati ad ottenere l'impegno a riammettere sul proprio territorio gli stranieri entrati nell'area Schengen attraverso la loro frontiera esterna<sup>43</sup>.

È proprio nel contesto della prima generazione di accordi di riammissione che si può collocare l'Accordo bilaterale fra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Slovenia<sup>44</sup> sulla riammissione delle persone alla frontiera, firmato il 3 settembre 1996 e mai ratificato dal Parlamento italiano ai sensi dell'art. 80 della Costituzione<sup>45</sup>, come riportato anche nell'ordinanza in commento. La Slovenia rappresenta infatti l'ultima tappa della 'rotta balcanica' prima di giungere in Friuli-Venezia Giulia e da decenni è un punto di passaggio importante per i migranti in fuga, in passato dagli stessi Paesi balcanici e adesso dall'Asia e dal Medio Oriente.

La dissoluzione dell'ex Jugoslavia ha prodotto movimenti migratori di notevole impatto a partire dagli anni '90 e, in maniera ridotta ma costante, anche agli inizi del nuovo millennio: tra il 1991 e il 2004 più di un milione di profughi hanno chiesto asilo politico fuori dai confini dell'ex Repubblica federale. La necessità di accogliere i richiedenti asilo provenienti dalla penisola balcanica ha posto gli Stati dell'Europa occidentale davanti a

---

<sup>42</sup> Art. 2, comma 5: "Ogni Stato membro mantiene la possibilità, conformemente alla propria legislazione nazionale, di inviare un richiedente l'asilo in uno Stato terzo, nel rispetto delle disposizioni della convenzione di Ginevra, modificata dal protocollo di New York."

<sup>43</sup> UNHCR (1994) *Position on Readmission Agreements, 'Protection Elsewhere' and Asylum Policy*, 1 August 1994, 3 European Series 2, p. 465.

<sup>44</sup> Si ricorda che nel 1996 la Slovenia si configurava come Stato terzo, essendo entrata a far parte dell'Unione Europea nel 2004. L'accordo è reperibile nell'archivio online dei trattati internazionali della Farnesina.

<sup>45</sup> Secondo cui gli accordi bilaterali sono soggetti all'obbligo di ratifica attraverso apposita legge di recepimento e ad ogni modo non possono derogare norme di fonte primaria dell'ordinamento giuridico italiano ed europeo.



nuove sfide, considerando che si trovarono ad affrontare la responsabilità di gestire enormi numeri di persone in ingresso, pur non essendo dotati di una politica di asilo comune<sup>46</sup>.

In Italia, il sistema d'asilo era regolato dalla legge n. 39 del 28 febbraio 1990, la legge Martelli, che stabiliva le 'norme urgenti in materia di asilo politico, ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e apolidi già presenti nel territorio dello Stato', importante per aver abrogato la riserva geografica alla Convenzione di Ginevra, che limitava il riconoscimento dello status di rifugiato a coloro che provenivano da Stati europei.

Nonostante la normativa italiana vietasse il respingimento dello straniero, non lo tutelava in alcun modo durante la sua permanenza sul territorio nazionale, pertanto fu necessario introdurre una forma di tutela temporanea: con circolare del 28 settembre 1991, il Ministero dell'Interno dispose il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari della durata di tre mesi, rinnovabile, ai rifugiati di fatto provenienti dalle Repubbliche della ex-Jugoslavia. Nel 1992, quando si intensificarono gli scontri in Bosnia ed Erzegovina e aumentò in maniera consistente il numero di profughi, venne introdotto il decreto-legge 24 luglio 1992 n. 350<sup>47</sup>, che sanciva il diritto di tutti gli sfollati jugoslavi, indipendentemente dalle zone di provenienza e dall'appartenenza etnica e religiosa, a fare ingresso in Italia e a ricevere un permesso di soggiorno umanitario di un anno. Con circolare n. 15 del 20 aprile 1993, si stabilì che il rilascio del permesso di soggiorno umanitario per i cittadini ex-jugoslavi sfollati era rinnovabile fino alla cessazione dello stato di guerra, a condizione che avessero fatto ingresso in Italia dopo il 1° giugno 1991<sup>48</sup>. Tale protezione, quindi, venne accordata fino al luglio del 1997, quando il Ministero dell'Interno dichiarò il venir meno delle circostanze che avevano causato il flusso massiccio dai territori della ex Jugoslavia. Di conseguenza, nel biennio 1996-1998 vennero firmati numerosi accordi di riammissione con i

<sup>46</sup> Colucci (2018) *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, Carocci, Roma, p. 99.

<sup>47</sup> Convertito con legge del 24 settembre 1992, n. 390, recante "Interventi straordinari di carattere umanitario a favore degli sfollati delle Repubbliche sorte nei territori della ex Jugoslavia".

<sup>48</sup> Con la circolare n. 21 del Ministero dell'Interno del 7 maggio 1993 si chiarisce poi, tra l'altro, che i beneficiari del permesso possono essere cittadini della ex-Jugoslavia che si trovano già in Italia irregolarmente. Infine, si ricorda la Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 14 aprile 1994, che stabilì definitivamente chi erano i soggetti destinatari della protezione: il permesso di soggiorno veniva rilasciato a tutti i cittadini delle Repubbliche ex jugoslave che "a causa di eventi bellici o di disordine pubblico generalizzato, diffuse violazioni dei diritti umani, gravi forme di violazione in base all'appartenenza ad una comunità etnica o religiosa, sono stati costretti ad abbandonare il luogo di abituale residenza ed i propri beni".



Paesi dell'Europa orientale in posizione strategica per contenere i flussi migratori, tra cui l'Accordo bilaterale con la Slovenia.

Di recente, le vicende drammatiche delle persone che attraversano la penisola balcanica per arrivare nel cuore dell'Europa hanno avuto un forte impatto mediatico, riportando all'attenzione dell'opinione pubblica internazionale che la rotta balcanica è ormai da anni “teatro di costanti violazioni dei diritti umani”<sup>49</sup>, anche se la situazione si è aggravata a seguito della guerra siriana: quasi un milione di persone hanno intrapreso questo percorso<sup>50</sup>, mentre i Paesi interessati dai flussi discutevano il rafforzamento dei controlli alle frontiere e la creazione di un sistema ‘hotspot’ coordinato, predisponendo un corridoio militarmente monitorato<sup>51</sup>, lungo cui sono stati adibiti campi profughi di transito. Tuttavia, quello che inizialmente era destinato a essere un corridoio umanitario, si è trasformato definitivamente in una *via crucis* nel 2016, quando, con l'accordo di riammissione tra UE e Turchia<sup>52</sup>, si è resa evidente ancora una volta la volontà di esternalizzare la gestione dei flussi migratori e del controllo delle frontiere esterne.

In realtà, un accordo di riammissione con la Turchia era già stato concluso nel 2014, ma l'entrata in vigore delle disposizioni sulla riammissione di cittadini di Paesi terzi fu posticipata di tre anni e rinviata al 1° ottobre 2017<sup>53</sup>, pertanto è con la Dichiarazione UE-

---

<sup>49</sup> Iotti E., Martini C., Visintin M. [a cura di] (2021) *I respingimenti illegali lungo la rotta balcanica: un focus sulla situazione del confine italo-sloveno, sui respingimenti “a catena” e sulla sistematicità di tali pratiche*, 23 gennaio 2021, reperibile al seguente link <https://www.meltingpot.org/I-respingimenti-illegali-lungo-la-rotta-balcanica-un-focus.html#.YHoYeZtR00Q>. L'espressione è ripresa dall'introduzione alla ricerca.

<sup>50</sup> Per i dati precisi divisi per mensilità v. *UNHCR - South Eastern Europe - New Arrivals tracking*, Operational Data Portal, <https://data2.unhcr.org/en/dataviz/103?sv=41&geo=0>.

<sup>51</sup> Ad oggi ci sono muri, barriere e fili spinati ai confini tra Turchia e Bulgaria, tra Grecia e Macedonia, tra Serbia e Ungheria, tra Croazia e Slovenia.

<sup>52</sup> La dichiarazione prevede il rimpatrio in Turchia di “tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche a decorrere dal 20 marzo 2016” e, nella categoria dei soggetti da rimpatriare, include anche i richiedenti protezione internazionale “la cui domanda sia ritenuta infondata o non ammissibile” ai sensi della Direttiva 2013/32/UE. V. Comunicato stampa del Consiglio europeo, *Dichiarazione UE-Turchia*, 18 marzo 2016 e Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio, *Prossime fasi operative della cooperazione Ue-Turchia in materia di migrazione*, 16 marzo 2016, COM (2016) 166 final.

<sup>53</sup> Cfr. art. 24, par. 3) dell'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'Unione europea e la Repubblica di Turchia del 7 maggio 2014 e la decisione del Consiglio 2014/252/UE del 14 aprile 2014,



Turchia del marzo 2016 che per la prima volta viene disciplinato un sistema di riammissione, sulla base del programma di reinsediamento 1:1, espresso al par. 2.2., intitolato “per ogni Siriano riammesso in Turchia dalle isole greche, reinsediare un altro Siriano dalla Turchia nell'UE, nel quadro degli impegni esistenti”<sup>54</sup>.

Gli aspetti fondamentali dell'accordo ai fini della nostra analisi sono essenzialmente due. Innanzitutto, nonostante già nel Piano d'azione UE-Turchia del 2015<sup>55</sup> fosse stata prevista l'attivazione di un programma di ammissione umanitaria su base volontaria, è la Dichiarazione del marzo 2016 che stabilisce espressamente che il funzionamento del programma dipende dalla capacità delle autorità turche di contenere l'afflusso di migranti<sup>56</sup>. In secondo luogo, il meccanismo della riammissione prevista dalla Dichiarazione si basa sulla qualificazione della Turchia come Paese sicuro ai sensi della direttiva procedure. Infatti, l'ingente finanziamento di sei miliardi di euro che l'Unione Europea si impegnava a versare aveva lo scopo di consentire alla Turchia di elevare lo standard di accoglienza per i richiedenti asilo, in modo da poter soddisfare il requisito della ‘protezione equivalente’ e legittimare così il rimpatrio dei cittadini siriani<sup>57</sup>.

---

relativa alla conclusione dell'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'UE e la Repubblica di Turchia, entrato in vigore il 1° ottobre 2014. La posticipazione venne decisa in ragione del fatto che ancora non era stato concluso un accordo sulla liberalizzazione dei visti.

<sup>54</sup> Il riferimento è alle decisioni 2015/1523 e 2015/1601 del Consiglio che istituiscono misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia. Con la dichiarazione UE-Turchia sono state sottratte 54.000 unità dalle 160.000 previste nelle decisioni sulla ricollocazione, da destinare all'ammissione umanitaria dalla Turchia. Infatti, nella Dichiarazione UE-Turchia si specificava che “si tratterà di una misura temporanea e straordinaria che è necessaria per porre fine alle sofferenze umane e ristabilire l'ordine pubblico”, ma in realtà essa ha acquisito carattere permanente fino al 28 febbraio 2020, quando la Turchia ha violato l'accordo favorendo l'arrivo di migliaia di persone al confine con la Grecia.

<sup>55</sup> Cfr. Conclusioni del Consiglio europeo del 15 ottobre 2015 e il Comunicato stampa del 29 novembre 2015.

<sup>56</sup> Cfr. Raccomandazione della Commissione del 11.1.2016 per un programma volontario di ammissione umanitaria gestito con la Turchia, C(2015) 9490 *final.*, p. 4, punto 6: “Se gli Stati partecipanti giungono alla comune conclusione che non si è verificata una sostanziale riduzione del numero di persone che attraversano in modo irregolare la frontiera dalla Turchia verso l'Unione europea, potrebbero decidere di sospendere, ex nunc, l'attuazione del programma o di adeguare i numeri di conseguenza”.

<sup>57</sup> Cfr. C. Favilli (2020) “Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove”, *Questione Giustizia*, 1, p. 145: “La qualificazione della Turchia come Paese sicuro riguarda esclusivamente il trattamento riservato ai cittadini siriani e non quello riservato ai cittadini turchi. La Turchia, infatti, non è definibile come un Paese di origine sicuro, bensì come Paese di primo asilo o Paese terzo sicuro per coloro che richiedano asilo in Turchia. Un'applicazione coerente di concetti giuridici distinti, ma un risultato paradossale se solo si considera come difficilmente uno Stato che perpetra violazioni dei diritti umani e discriminazioni in base all'origine etnica, alla



In particolare, è quest'ultimo aspetto che rende l'accordo con la Turchia fortemente innovativo rispetto agli accordi di riammissione precedentemente stipulati con altri Paesi Terzi, incluso quello che era stato stipulato tra la Comunità europea e la Bosnia Erzegovina nel 2007<sup>58</sup>. Nell'ambito di tale accordo, infatti, l'Unione Europea non potrebbe in alcun modo giustificare le riammissioni dei richiedenti protezione internazionale sostenendo che la Bosnia sia dotata di un sistema di asilo adeguato ai canoni previsti dall'art. 3 CEDU, soprattutto se si considerano le comprovate violazioni dei diritti dei migranti che risiedono sul territorio bosniaco ad opera delle autorità e il fatto che, nel novembre 2020, il Governo bosniaco ha firmato un accordo di riammissione con il Pakistan<sup>59</sup>. Diversamente, la Dichiarazione del marzo 2016 si basa sul presupposto (costruito) che la Turchia sia qualificabile come Paese terzo sicuro, anche con riferimento al suo sistema di asilo.

Nel 2020, l'emergenza sanitaria è diventata un ulteriore pretesto per aumentare i controlli e le pratiche di respingimento, anche a causa della decisione della Turchia di aprire i suoi confini per i migranti che volessero raggiungere l'Europa, che ha causato da marzo in poi la crisi sul confine greco-turco<sup>60</sup>. Come già ricordato precedentemente<sup>61</sup>, la Grecia ha disposto una sospensione provvisoria dell'esame delle domande di asilo, chiudendo di fatto i suoi confini, ma le politiche di *non entrée*, volte a impedire l'accesso alle giurisdizioni nazionali a chi tenta di fare ingresso in Europa, sono state portate avanti dalle autorità di polizia in tutte le zone di frontiera lungo la rotta balcanica, compreso il Carso triestino.

Grazie al monitoraggio delle organizzazioni non governative e delle associazioni presenti sul territorio<sup>62</sup>, infatti, è stato possibile osservare "come le modalità di gestione e controllo dei confini stiano diventando sempre più istituzionalizzate e trasversali" a tutta l'area balcanica, in particolare Border Violence Monitoring Network ha stilato una serie di

---

religione, alle convinzioni personali e al genere, possa essere considerato sicuro per una parte della popolazione, "solo" perché straniera".

<sup>58</sup> Cfr. Decisione del Consiglio dell'8 novembre 2007 relativa alla conclusione dell'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Bosnia-Erzegovina (2007/820/CE).

<sup>59</sup> ANSA (2020) *Migranti: in Bosnia numero dimezzato, da 12 mila a 6.100*, 24 novembre 2020.

<sup>60</sup> UNHCR (2020) *Dichiarazione UNHCR in merito alla situazione al confine Turchia-UE*, 2 marzo 2020.

<sup>61</sup> Cfr. *supra* p. 8.

<sup>62</sup> Si rimanda alle pp. 9-12 dell'ordinanza, che contiene moltissimi riferimenti ai rapporti pubblicati in materia.



report mensili a partire dal 2017, in cui sono raccolte testimonianze che fanno riferimento a modalità operative precise messe in atto dalle autorità italiane nei confronti delle persone respinte al confine italo-sloveno<sup>63</sup>.

Le ragioni dell'improvviso aumento delle riammissioni a ritroso si ritrovano nell'attuazione di precise direttive del Viminale, che ha emanato una circolare firmata dall'attuale Prefetto di Roma Matteo Piantedosi, al tempo capo gabinetto del Ministro dell'Interno, mai resa pubblica. Il primo a parlarne, anche se in maniera indiretta, è stato il Prefetto di Trieste Valerio Valenti, che a maggio 2020 affermava: “Sulla scorta di precise direttive ministeriali sono stati approfonditi alcuni aspetti procedurali concernenti l'istruttoria delle posizioni dei richiedenti asilo e i rapporti di collaborazione con gli organismi di polizia slovena. In relazione a tale ultimo profilo, in particolare, si è condivisa l'esigenza di rinnovare le metodologie di cooperazione nell'azione di contrasto all'immigrazione clandestina volte anche a dare nuovo impulso alle procedure di riammissione informale secondo le vigenti disposizioni pattizie con la Slovenia e in sintonia con la normativa europea in tema di protezione internazionale”<sup>64</sup>.

Tuttavia, quando Altreconomia ha presentato a inizio giugno un'istanza di accesso civico all'indirizzo del Viminale per poter visionare quelle ‘precise direttive’, ha ottenuto, in data 9 luglio 2020, un diniego così motivato: “il documento richiesto contiene informazioni che attengono ad interlocuzioni intercorse tra l'autorità politica nazionale e l'omologo sloveno, inerenti anche alle possibili linee evolutive delle relazioni con quel Paese e, inoltre,

---

<sup>63</sup> I rapporti confermano le dinamiche operative e i maltrattamenti raccontati anche dal ricorrente, secondo cui i migranti vengono molto spesso picchiati dalla polizia di frontiera slovena e croata, oltre che derubati dei pochi effetti personali che possiedono, come telefoni, passaporti, vestiti. Iotti et al. (2021) cit.: “La maggior parte di loro racconta di essere stata rintracciata, fermata (anche a diversi chilometri dalla frontiera) e portata all'interno di strutture temporanee (tende militari) sul confine, dove tutti vengono divisi per nazionalità e sottoposti a procedure per l'identificazione. A tutte le persone viene sistematicamente negata la possibilità di richiedere asilo e, anche a seguito di specifiche richieste, non viene fornita assistenza legale né la presenza di un interprete. Alcune persone narrano di essere state costrette a firmare documenti in italiano, senza possibilità di traduzione e quindi non comprendendone il contenuto. Secondo quanto riportato, la dinamica si esplica quindi con un trasferimento immediato al di là del confine, direttamente nelle mani delle autorità slovene e successivamente in quelle della polizia croata, che procede poi al respingimento finale, violento ed illegale verso la Bosnia-Erzegovina”. I rapporti, richiamati anche dall'ordinanza, sono consultabili sul sito web di Border Violence.

<sup>64</sup> Prefettura di Trieste, Comunicato stampa, *Ulteriore intensificazione del dispositivo di controllo di retrovalico in funzione di contrasto agli ingressi irregolari in territorio nazionale*, 15 maggio 2020, reperibile sul sito del Ministero dell'Interno.



informazioni concernenti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi di polizia finalizzati al contrasto dell'immigrazione illegale, nonché relative ai contingenti delle forze armate a disposizione delle autorità provinciali di pubblica sicurezza". Dunque, l'atto è "sottratto all'ostensione" anche per evitare il "concreto pregiudizio" alla "integrità dei rapporti internazionali del nostro Paese con la Slovenia"<sup>65</sup>.

Oltre alla circolare ministeriale, l'aumento delle riammissioni a ritroso<sup>66</sup> sembra essere condizionato anche dalla linea di pensiero della Prefettura e dell'amministrazione triestina, come dimostra l'invio di cento militari alla frontiera per esigenze di ordine e sicurezza pubblica, disposto il 17 marzo dal Prefetto Valenti<sup>67</sup> e come si può desumere dalle dichiarazioni rilasciate dal vicesindaco di Trieste<sup>68</sup>. Attraverso tali dichiarazioni, come vedremo in seguito, le autorità italiane difendono la legittimità delle riammissioni effettuate in base all'accordo bilaterale fra Italia e Slovenia, ammettendo che si tratta di una procedura semplificata che necessariamente non prevede la registrazione delle domande di asilo dei migranti e che sembra radicare nella sovranità degli Stati la soccombenza del diritto di asilo di fronte alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica.

L'ordinanza del Tribunale di Roma condanna quindi le violazioni dei diritti umani al confine sloveno-croato e croato-bosniaco, come aveva già fatto il Tribunale amministrativo

---

<sup>65</sup> D. Facchini (2020) "Le carte negate dei respingimenti", *Altraeconomia*, 1 settembre 2020, reperibile al link <https://altreconomia.it/respingimenti-migranti-trieste-documenti-negati/>.

<sup>66</sup> Tra il primo gennaio e il 15 novembre 2020 sono state riammesse 1.240 persone sul confine italo-sloveno, un incremento del 423% rispetto all'anno 2019. Nel primo semestre le riammissioni attive a Gorizia e Trieste risultavano essere 1.754, nel secondo semestre (dati fino a metà novembre 2020) il numero è salito a 2.294. Tali dati sono stati forniti dal Ministero dell'Interno in seguito all'istanza di accesso civico presentata da D. Facchini (2020) "Rotte balcanica: nel 2020 record di respingimenti dall'Italia verso la Slovenia", *Altraeconomia*, 28 dicembre 2020.

<sup>67</sup> ANSA, *100 militari a Trieste anche a confine*, 17 marzo 2020, reperibile al link: [https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2020/03/17/100-militari-a-trieste-anche-a-confine\\_dd291797-9562-4fe6-8b61-40ae1a358d1b.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2020/03/17/100-militari-a-trieste-anche-a-confine_dd291797-9562-4fe6-8b61-40ae1a358d1b.html).

<sup>68</sup> Il vicesindaco di Trieste, Paolo Polidori, ha dichiarato che bisogna "espellere come tutti gli altri Stati che si preoccupano della propria protezione interna. Dobbiamo dare l'ordine di respingere, in modo che non una sola persona possa attraversare i nostri confini. L'unica politica giusta nei confronti di questo problema è l'uso dei pushback". Cfr. Border Violence Monitoring Network (2020) *News from Trieste: covid-19 and pushbacks*, 5 giugno 2020.



sloveno nell'estate del 2020<sup>69</sup>, e dichiara illegittimo l'accordo bilaterale fra Italia e Slovenia. Al riguardo, le norme di nostro interesse sono l'art. 2, "che prevede che ciascuna parte contraente, richiesta dall'altra parte, si impegna a riammettere sul proprio territorio il cittadino di uno Stato terzo che non soddisfa o non soddisfa più le condizioni di ingresso o di soggiorno applicabili sul territorio della parte contraente richiedente, nella misura in cui è comprovato che tali cittadini sono entrati sul territorio di questa parte dopo aver soggiornato o essere transitati attraverso il territorio della parte contraente richiesta"<sup>70</sup> e l'art. 6, che prevede: "le autorità di frontiera dello Stato richiesto riamettono nel loro territorio, su domanda delle autorità di frontiera dello Stato richiedente e senza formalità i cittadini degli Stati terzi che abbiano varcato irregolarmente la frontiera comune".

L'ordinanza si sofferma diffusamente su tutti i profili di illegittimità derivanti dalle pratiche basate sull'applicazione dell'accordo, che è importante ripercorrere sinteticamente in questa sede. Innanzitutto, si contesta che l'accordo bilaterale intergovernativo, essendo stato stipulato in forma semplificata, possa prevedere modifiche alle leggi vigenti in Italia, poiché, per avere tali effetti, avrebbe dovuto essere soggetto a legge di autorizzazione alla ratifica ai sensi dell'art. 80 della Costituzione e poiché così non è, esso non può in alcun modo derogare alle norme di fonte primaria dell'ordinamento giuridico italiano. Inoltre, se ne contesta l'applicazione da parte del Ministero dell'Interno, il cui sottosegretario Variati ha risposto ufficialmente a seguito di un'interrogazione parlamentare, dichiarando che "le procedure informali di riammissione in Slovenia vengono applicate nei confronti dei migranti rintracciati a ridosso della linea confinaria italo-slovena, quando risulti la provenienza dal territorio sloveno, anche qualora sia manifestata l'intenzione di richiedere protezione internazionale", aggiungendo esplicitamente che la domanda di asilo non viene registrata in Questura e che la riammissione avviene in assenza di un provvedimento formale<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Cfr. *supra*, nota n. 14.

<sup>70</sup> Cfr. p. 6 dell'ordinanza.

<sup>71</sup> Interpellanza urgente *Elementi e iniziative in relazione alle procedure di riammissione dei migranti in Slovenia, con particolare riferimento al pieno rispetto della normativa in materia di protezione internazionale 2-00861*, Allegato A, seduta n. 379, 24 luglio 2020 e risposta del Sottosegretario di Stato per l'interno, Achille Variati, reperibili online: "l'esecuzione di tale tipologia di riammissione non comporta la redazione di un provvedimento formale, applicandosi per prassi consolidata le speditive procedure previste dal relativo accordo di riammissione, siglato tra Italia e Slovenia il 3 settembre 1996. [...] qualora ricorrano i presupposti per la

L'interpretazione che il Ministero offre dell'art. 3 dell'accordo bilaterale, che esclude la possibilità di effettuare la riammissione solo nei confronti di coloro che abbiano ottenuto lo status di rifugiato e non dei richiedenti asilo, contrasta con il diritto comunitario, che impone di garantire l'accesso alla procedura di asilo allo straniero, recependo il principio per cui il riconoscimento dello status di rifugiato è un procedimento di riconoscimento di un diritto soggettivo perfetto.

Anche l'interpretazione dell'espressione 'senza formalità' non sembra corretta, in quanto la riammissione deve necessariamente avvenire tramite un provvedimento amministrativo motivato, anche se immediatamente esecutivo, per fare in modo che possa eventualmente essere impugnato davanti all'autorità giudiziaria, visto che palesemente l'accompagnamento forzato in Slovenia è una condotta che produce effetti sulla libertà personale degli interessati. In questo senso, peraltro, si era già pronunciata la Corte Costituzionale con le sentenze n. 105/2001<sup>72</sup>, n. 222/2004 e, più di recente, con sentenza n. 275/2017, specificando che l'accompagnamento coattivo alla frontiera rappresenta una modalità esecutiva del respingimento differito dello straniero che restringe la libertà personale. In particolare, in quest'ultima pronuncia, la Consulta, pur dichiarando inammissibile la questione di costituzionalità, rivolge un monito al legislatore, affinché intervenga a disciplinare la materia in conformità all'art. 13, terzo comma, della Costituzione. In assenza di un intervento legislativo, l'interpretazione costituzionalmente orientata proposta dalla Corte imporrebbe di non effettuare l'accompagnamento alla frontiera quale modalità ordinaria di esecuzione del respingimento<sup>73</sup>.

---

richiesta di riammissione e la stessa venga accolta dalle Autorità slovene non si provvede all'invito in Questura per la formalizzazione dell'istanza".

<sup>72</sup> Cfr. *supra* p. 9.

<sup>73</sup> Corte Costituzionale, sent. n. 275 del 20 dicembre 2017, *Considerato in diritto*, par. 4. Per approfondimenti S. Rossi (2019) "Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore", *Rivista AIC*, 1: 201-229. In particolare, a p. 229: "Così l'interpretazione della norma legislativa offerta dalla Corte è divenuta costituzionalmente obbligatoria, nel senso che il respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera deve di per sé concretarsi solo in casi di urgenza nei quali sia effettivamente attuabile con immediatezza ovvero nei termini massimi in cui sia possibile il trattenimento del respinto in un apposito centro di permanenza. Conseguentemente la misura può essere prevista e disposta non certo come modalità ordinaria di esecuzione del respingimento differito, ma soltanto in quelle ipotesi eccezionali, da



Al contrario, la base giuridica sulla quale il Ministero continua a giustificare l'applicazione dell'accordo bilaterale è l'art. 6, par. 3, della Direttiva 2008/115/CE sui rimpatri, "che consente ad ogni Stato di non adottare una specifica decisione di rimpatrio nei confronti di colui che sia entrato illegalmente nel territorio, bensì di riammettere lo straniero nello Stato membro confinante da cui proviene se sussistano accordi bilaterali tra gli Stati interessati (non più consentiti dopo l'entrata in vigore della direttiva), purché già vigenti alla data di entrata in vigore della direttiva stessa"<sup>74</sup>.

Posto il fatto che le autorità italiane effettuerebbero le riammissioni in Slovenia in assenza di provvedimento formale in virtù di questa disposizione, è doveroso ricordare che i richiedenti asilo non rientrano nell'ambito di applicazione della norma, in quanto non possono essere destinati al rimpatrio senza che ci sia stato un esame nel merito della domanda<sup>75</sup>, pertanto il trasferimento del richiedente deve necessariamente avvenire con la procedura prevista per i trasferimenti *ex* Regolamento di Dublino<sup>76</sup>. In sostanza, si deve tenere conto del fatto che gli accordi di riammissione siglati con Paesi che ai tempi della stipulazione non appartenevano alla Comunità europea, come la Slovenia, mutano

---

prescrivere in modo tassativo, nelle quali l'accompagnamento stesso sia effettivamente possibile, lasciando perciò l'attuazione di tutte le altre ipotesi di esecuzione del respingimento differito alla mera intimazione allo straniero respinto a lasciare il territorio nazionale".

<sup>74</sup> Cfr. p. 5 dell'ordinanza.

<sup>75</sup> Si ricorda che l'art. 3 del Regolamento 604/2013 prevede che "gli Stati membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito".

<sup>76</sup> Circostanza che il sottosegretario Variati sembra ignorare quando afferma: "Si precisa che il principio della unicità della domanda di asilo e della certezza del suo esame è garantito allo straniero richiedente asilo all'interno dell'Unione europea, a prescindere dallo Stato individuato quale competente ad esaminare la domanda. Conseguentemente, nessuna violazione del diritto di asilo può configurarsi in una procedura di riammissione nel territorio sloveno, anche tenendo conto che non può essere consentito allo straniero, pur bisognoso di protezione e aiuto, di scegliere il Paese in cui essere eventualmente accolto". Il 28 maggio 2020 il Prefetto di Trieste ha poi affermato che il migrante riammesso non viene privato della possibilità di fare richiesta d'asilo, in quanto la Slovenia fa parte dell'ambito europeo". Il 2 giugno 2020, replicando alle associazioni preposte all'accoglienza sul territorio triestino, il Prefetto ha aggiunto che secondo le direttive ricevute dal Governo, le riammissioni vengono attuate ad integrazione del Regolamento Dublino. V. ASGI, Lettera aperta al Ministero dell'Interno, alla Questura e Prefettura di Trieste e all'UNHCR, 5 giugno 2020 e nota allegata: *La riammissione informale dall'Italia alla Slovenia sulla base dell'Accordo bilaterale Italia - Slovenia e le riammissioni a catena verso la Slovenia e la Croazia*. La nota ricorda che in occasioni precedenti, quando erano state denunciate da I.C.S. (Consorzio Italiano di Solidarietà) casi di riammissioni di richiedenti asilo in Slovenia, la Questura aveva dichiarato che solo i migranti che avevano espresso al personale della Polizia di Stato la volontà di non richiedere asilo politico (sic.) potevano essere riammessi.



necessariamente la loro natura nel momento in cui tali Paesi sono successivamente entrati a far parte dell'Unione, e di conseguenza risultano vincolati dalla normativa comunitaria. La Giudice Albano mette in rilievo come la prassi delle riammissioni informali in Slovenia sia contraria all'art. 2 dell'accordo bilaterale stesso proprio su questo punto, visto che la condizione di richiedente asilo è presupposto legittimo per il soggiorno nello Stato in cui il richiedente presenta la domanda. Infatti, l'illegalità dell'ingresso viene sostanzialmente sanata al momento della manifestazione della volontà di presentare domanda di protezione internazionale, perciò il richiedente asilo, anche se ha varcato irregolarmente il confine, non può essere respinto e ha il diritto di soggiornare sul territorio fintanto che non sia stato individuato lo Stato competente all'esame della domanda.

Pertanto, quelle che le autorità italiane definiscono riammissioni sono a tutti gli effetti respingimenti collettivi informali, se si tiene conto della circostanza che le autorità slovene rinviavano i migranti riammessi a ritroso dall'Italia, sulla base di un accordo di riammissione con la Croazia, che a sua volta li respinge in Bosnia, e che tutti i Paesi in cui essi vengono respinti attuano prassi non rispettose dei diritti umani, circostanza che il Governo italiano ha il dovere di conoscere, data la sussistenza di report e testimonianze di organizzazioni internazionali, tra cui quelle allegare al ricorso, e visto che la situazione dei migranti in Bosnia ha avuto un'ampia eco da parte dei media a seguito dell'incendio del campo di Lipa. Di conseguenza, le pratiche di riammissione portate avanti dall'Italia si configurano come una condotta di *refoulement* indiretto, in violazione dell'art. 3 CEDU, essendo insostenibile che il Governo italiano non sia a conoscenza del meccanismo di respingimenti a catena.

In conclusione, le procedure di riammissione così come attuate dalle autorità di frontiera violano i diritti delle persone trasferite, sia che le si qualifichi come richiedenti asilo che come migranti economici destinati al rimpatrio, visto che il Codice Frontiere Schengen contiene precise disposizioni per il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Capo II del Codice Frontiere Schengen, artt. 25-35.



e per le modalità di effettuazione delle verifiche alla frontiera e dei respingimenti in caso di ripristino dei controlli alle frontiere interne<sup>78</sup>.

Dunque, anche nei casi in cui le autorità di frontiera ritengano sussistenti i presupposti per l'adozione di un provvedimento di respingimento, esso dovrà sottostare a tali disposizioni. Diversamente, la legge di cooperazione transfrontaliera di polizia del 7 aprile 2011, n. 60, ratifica dell'accordo bilaterale tra Repubblica italiana e Repubblica di Slovenia del 2007, tende a rafforzare il meccanismo delle riammissioni informali, poiché fornisce alle autorità di frontiera gli strumenti per contrastare l'immigrazione irregolare, sulla base di una dichiarazione di collaborazione volta a fronteggiare le condotte illecite che possono verificarsi lungo il confine tra i due Stati, rivelando che la prassi illegittima delle riammissioni informali è strettamente connessa al controllo di polizia<sup>79</sup>.

#### 4. La crisi della presunzione di sicurezza degli Stati membri dell'Unione Europea e la limitazione del principio di fiducia reciproca ad opera della giurisprudenza CEDU e CGUE

Alla luce di quanto finora esposto, è evidente che il problema non si limita al fatto che i richiedenti asilo vengono rinviiati in Slovenia in maniera illegittima secondo la procedura di

<sup>78</sup> L'art. 14 prescrive che in caso di respingimento: "Il provvedimento motivato indicante le ragioni precise del respingimento è notificato a mezzo del modello uniforme di cui all'allegato V, parte B, compilato dall'autorità che, secondo la legislazione nazionale, è competente a disporre il respingimento. Il modello uniforme compilato è consegnato al cittadino di Paese terzo interessato, il quale accusa ricevuta del provvedimento a mezzo del medesimo modello uniforme. Le persone respinte hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono disciplinati conformemente alla legislazione nazionale. Al cittadino di Paese terzo sono altresì consegnate indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire per conto del cittadino di Paese terzo a norma della legislazione nazionale".

<sup>79</sup> Ad esempio, l'operazione "Strade Sicure" viola il Codice Frontiere Schengen nella misura in cui amplia le forze militari e di polizia che operano presso le zone di confine al di fuori della procedura ufficiale prevista dall'art. 25, che regola la circostanza in cui i controlli alle frontiere interne possono essere ripristinati per gravi motivi di sicurezza nazionale: pur non avendo mai ripristinato le frontiere interne ufficialmente, l'Italia di fatto continua ad eseguire controlli sistematici alla frontiera italo-slovena, implementando il personale e le risorse per effettuarli. Cfr. documento a cura dell'ASGI, *La riammissione informale dall'Italia alla Slovenia sulla base dell'Accordo bilaterale Italia - Slovenia e le riammissioni a catena verso la Slovenia e la Croazia*, reperibile al seguente link [https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/06/documento-riammissioni-Italia-Slovenia-\\_5\\_giugno\\_2020.pdf](https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/06/documento-riammissioni-Italia-Slovenia-_5_giugno_2020.pdf).



riammissione informale, poiché se anche il trasferimento in Slovenia venisse effettuato ai sensi del Regolamento Dublino (sebbene in questo caso sarebbe la Croazia a essere identificata come Stato di primo ingresso), ciò non lo renderebbe necessariamente legittimo, diversamente da quanto sostenuto nelle dichiarazioni rilasciate dal Ministero dell'Interno. Pur essendo resistente contumace nel procedimento cautelare davanti al giudice monocratico di Roma, il Viminale si è espresso prima in data 24 luglio 2020 nel corso di un'interrogazione urgente presentata dall'On. Riccardo Magi<sup>80</sup> e poi il 13 gennaio 2021 in un *question time* alla Camera, a seguito di un'interrogazione dell'On. Palazzotto<sup>81</sup>, sostanzialmente rivendicando la legittimità delle riammissioni a ritroso sulla base del fatto che la Slovenia, così come la Croazia, sono membri dell'Unione Europea e pertanto sono da considerarsi Paesi sicuri sul piano del rispetto dei diritti umani e delle convenzioni internazionali<sup>82</sup>.

Tali affermazioni sono coerenti con il principio secondo cui l'intero sistema Dublino si fonda sul presupposto che tutti gli Stati membri sono rispettosi del principio di non respingimento e quindi si considerano reciprocamente Paesi sicuri<sup>83</sup>. Tuttavia, la copiosa giurisprudenza che ripercorreremo in questa sede – richiamata in gran parte dall'ordinanza del Tribunale di Roma – rivela come le dichiarazioni rilasciate dalle autorità italiane siano in

---

<sup>80</sup> Interpellanza urgente *Elementi e iniziative in relazione alle procedure di riammissione dei migranti in Slovenia, con particolare riferimento al pieno rispetto della normativa in materia di protezione internazionale 2-00861*, Allegato A, seduta n. 379, 24 luglio 2020 e risposta del Sottosegretario di Stato per l'interno, Achille Variati.

<sup>81</sup> Il testo dell'interrogazione *Iniziativa di competenza volte a sospendere le cosiddette «riammissioni informali» di migranti verso la Slovenia – 3-02003*, allegato A, seduta di mercoledì 13 gennaio 2021 e il video con la risposta della Ministra Lamorgese sono reperibili rispettivamente sul sito web della Camera e su quello del Ministero dell'Interno.

<sup>82</sup> Cfr. *infra* p. 31.

<sup>83</sup> Regolamento n. 604/2013, terzo considerando: “gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi.” In particolare, il concetto di Paese sicuro viene sviluppato nel dettaglio dalla Direttiva 2013/32/UE (direttiva procedure) e presuppone l'adesione a strumenti internazionali sul rispetto dei diritti umani e del principio di *non refoulement*, quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato. Inoltre, in quanto membri dell'Unione Europea, gli Stati sono tenuti a garantire la protezione dei diritti umani, sulla base degli artt. 2 e 6 del TUE e della Carta dei diritti fondamentali. A tal proposito, si noti che il rispetto dei valori dell'Unione e dei diritti fondamentali rientra nei criteri di Copenaghen, la cui valutazione è parte del processo di adesione di un nuovo Stato membro all'Unione.



netta contraddizione con gli sviluppi giurisprudenziali in materia di presunzione di sicurezza, soprattutto a seguito della sentenza *Tarakhel* della Corte di Strasburgo<sup>84</sup>.

La presunzione di sicurezza degli Stati membri su cui si basa il Regolamento di Dublino, infatti, è stata fortemente (e fortunatamente) limitata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU e si configura quindi come una presunzione relativa passibile di essere superata.

L'analisi della giurisprudenza in questione mette in luce che l'incoerenza di fondo del sistema di asilo dell'Unione Europea risiede nel presupposto errato secondo cui gli Stati membri sono in grado di fornire un adeguato ed omogeneo livello di tutela ai richiedenti asilo e rifugiati, semplicemente in virtù dell'esistenza degli strumenti di armonizzazione. Poiché l'ordinanza in commento, oltre a richiamare la giurisprudenza in questione<sup>85</sup>, è ricca di riferimenti ai report di organizzazioni non governative e ai comunicati dell'UNHCR, ci è parso utile ai fini della nostra analisi ripercorrere anche l'attenzione che questo tipo di fonti hanno avuto da parte delle Corti sovranazionali nel corso del tempo.

I casi giurisprudenziali che hanno sancito la crisi della presunzione di sicurezza e del principio di fiducia reciproca tra Stati membri sono quelli in cui è stata riscontrata la violazione dell'art. 3 CEDU ad opera di alcuni Stati, per due ordini di ragioni: l'inadeguatezza strutturale del sistema di asilo e il compimento di respingimenti ai danni dei ricorrenti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, molte sono state le pronunce sui trasferimenti *ex* Regolamento di Dublino che hanno ribadito il rispetto dei diritti tutelati dalla CEDU quale limite all'operatività del sistema, mentre rispetto al secondo punto viene in rilievo la giurisprudenza sul concetto di Paese terzo sicuro, i cui principi sono poi stati estesi anche ai trasferimenti avvenuti da uno Stato membro all'altro. In questo senso, il primo importante passo è stato compiuto con la giurisprudenza sulla protezione *par ricochet* sviluppata dalla Corte di Strasburgo, che ha esteso la responsabilità dello Stato anche ai casi di violazioni potenziali o indirette dell'art. 3 CEDU, configurabili nell'espulsione, estradizione o respingimento dell'individuo verso un Paese in cui sussiste il rischio di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, stabilendo quindi che la norma implica il dovere

<sup>84</sup> Vedi *infra*, p. 25.

<sup>85</sup> Cfr. p. 4 dell'ordinanza.



di *non refoulement*<sup>86</sup>. Di conseguenza, le Corti hanno stabilito che anche l'applicazione del Regolamento di Dublino non esonera gli Stati membri dalla responsabilità per violazione della CEDU, perciò il trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato competente all'esame della domanda non può avvenire in maniera automatica, ma deve essere sempre preceduto dalla verifica del rispetto dei diritti fondamentali da parte del Paese competente.

#### 4.1. Violazione dell'art. 3 CEDU per inadeguatezza strutturale del sistema di asilo

La natura relativa della presunzione di sicurezza viene affermata dalla Corte EDU, relativamente al trattamento inumano o degradante che il ricorrente potrebbe subire a causa delle condizioni del sistema di asilo, nel caso *K.R.S. c. Regno Unito*, riguardante il trasferimento del ricorrente in Grecia ai sensi del Regolamento Dublino II: un cittadino iraniano aveva presentato domanda di asilo in Inghilterra, dopo essere giunto dalla Grecia<sup>87</sup>.

Conformemente al Regolamento di Dublino, il Regno Unito chiedeva alla Grecia di farsi carico della richiesta di asilo e la Grecia accettava, ma il ricorrente si appellava alla Corte di Strasburgo, affermando la violazione dell'articolo 3 della CEDU, a causa delle condizioni dei richiedenti asilo in Grecia. Il ricorso è stato dichiarato irricevibile con decisione del 2 dicembre 2008, perché in assenza di prove contrarie, si deve presumere che la

---

<sup>86</sup> La prima sentenza in cui la Corte ha applicato la tecnica di protezione *par ricochet* è il caso *Soering* (Corte EDU, *Soering contro Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sent. 7 luglio 1989), relativo alla richiesta di estradizione di un cittadino tedesco avanzata dagli Stati Uniti al Regno Unito al fine di processare l'individuo per un reato punito con la pena capitale. La Corte ha ritenuto che il trattamento riservato ai condannati a morte negli Stati Uniti sia contrario all'art. 3 e ha affermato la corresponsabilità del Regno Unito per tale violazione, poiché, concedendo l'extradizione, espone una persona che era nella sua disponibilità al rischio di subire trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU. Si ricorda che la protezione *par ricochet* degli stranieri o degli apolidi sottoposti alla giurisdizione dello Stato contraente non si esaurisce alle fattispecie riconducibili all'applicazione dell'articolo 3 CEDU. Il divieto di allontanamento è stato affermato anche qualora da una misura di espulsione o respingimento possa derivare una grave violazione di altri diritti garantiti dalla Convenzione, quali il quello alla vita (art. 2), a un equo processo (art.6) e quello al rispetto della vita privata e familiare (art.8), rispettivamente nelle sentenze: *Bader e altri contro Svezia*, ricorso n. 13284/04, 8 novembre 2015; *Othman (Abu Qatada) contro Regno Unito*, ricorso n. 8139/09, 17 gennaio 2012; *Maaouia contro Francia*, ricorso n. 39652/98, 5 ottobre 2000; *F. contro Regno Unito*, ricorso n. 17341/03, 22 giugno 2004; *Üner contro Paesi Bassi*, ricorso n. 46410/99, 18 ottobre 2006; *Slivenko contro Lettonia*, ricorso n. 48321/99, 9 ottobre 2003.

<sup>87</sup> Corte EDU, IV sez., *K.R.S. c. Regno Unito*, ricorso n. 32733/08, 2 dicembre 2008.



Grecia si conformi agli obblighi che a lei incombono nei confronti dei richiedenti asilo presi in carico<sup>88</sup>.

La Corte afferma quindi la relatività della presunzione, ma adotta un approccio evidentemente formalistico nel risolvere la questione, poiché, pur soffermandosi sul requisito dell'effettività per individuare gli obblighi che gli artt. 3 e 13 pongono in capo agli Stati contraenti<sup>89</sup>, di fatto presume il rispetto dei diritti tutelati dalla CEDU da parte della Grecia solo in virtù della sua appartenenza all'Unione Europea<sup>90</sup>. A sostegno di tale conclusione vengono menzionate le direttive di armonizzazione del SECA, che stabiliscono standard minimi di tutela inderogabili, l'introduzione di una nuova normativa nazionale sull'asilo e le assicurazioni fornite dalle autorità elleniche circa il rispetto del diritto di impugnare i provvedimenti di espulsione e di ottenerne la sospensione, sulla base dell'art. 39 del regolamento CEDU<sup>91</sup>. D'altro canto, la Corte non ignorava certo che nel biennio 2006-2008 il sistema di asilo greco già mostrasse gravi carenze, tanto che nella sentenza si fa riferimento ai report di organizzazioni internazionali che attestano le enormi criticità per richiedenti asilo e rifugiati in Grecia, sia nell'accesso alla procedura per la concessione della protezione internazionale, che nell'accoglienza<sup>92</sup>. In particolare, la Corte si sofferma sul *position paper*

<sup>88</sup> Cfr. p. 18 della sentenza: “*In the absence of any proof to the contrary, it must be presumed that Greece will comply with that obligation in respect of returnees including the applicant*”.

<sup>89</sup> In particolare, la sentenza richiama i precedenti in materia di estradizione per affermare che l'art. 3 comporta l'obbligo, in campo allo Stato che ha ricevuto la domanda di asilo, di effettuare un esame rigoroso e nel merito della situazione del richiedente, al fine di verificare la sussistenza nei confronti di quest'ultimo del rischio di subire torture o trattamenti inumani o degradanti in caso di espulsione. Analogamente il diritto ad un ricorso effettivo, sancito all'art. 13 della CEDU, richiede che le garanzie procedurali non siano solo previste dalla normativa ma siano accessibili nella pratica e che la presentazione del ricorso sospenda automaticamente il provvedimento di espulsione (p. 15).

<sup>90</sup> Cfr. p. 17: “*In reaching this conclusion the Court would also note that the Dublin Regulation, under which such a removal would be effected, is one of a number of measures agreed in the field of asylum policy at the European level and must be considered alongside Member States' additional obligations under Council Directive 2005/85/EC and Council Directive 2003/9/EC to adhere to minimum standards in asylum procedures and to provide minimum standards for the reception of asylum seekers. The presumption must be that Greece will abide by its obligations under those Directives*”.

<sup>91</sup> Cfr. pp. 16-17.

<sup>92</sup> I documenti sulla situazione generale in Grecia riportati nella sentenza K.R.S. sono la relazione della Commissione per la prevenzione della tortura relativo alle condizioni di detenzione dei richiedenti asilo in Grecia e pubblicato l'8 febbraio 2008; il report pubblicato il 9 aprile 2008 da tre ONG norvegesi (The Norwegian Organisation for Asylum Seekers, Norwegian Helsinki Committee e Greek Helsinki Monitor) e intitolato “A gamble with the right to asylum in Europe-Greek asylum policy and the Dublin 2 Regulation” e il

dell'UNHCR relativo ai richiedenti asilo trasferiti in Grecia in applicazione del Regolamento Dublino, in cui si esprimono forti perplessità sulla conformità alla normativa internazionale del trattamento subito dai richiedenti presi in carico e si raccomanda pertanto agli altri Stati di astenersi dal disporre i trasferimenti verso la Grecia, tramite il ricorso alla clausola di sovranità<sup>93</sup>.

La Corte sottolinea che l'UNHCR è un'organizzazione indipendente, affidabile e obiettiva ma, sorprendentemente, le sue indicazioni non sono state giudicate preoccupanti al punto tale da superare la presunzione di sicurezza<sup>94</sup>, prevalendo piuttosto il fatto che la Corte d'Appello inglese aveva già accertato che in Grecia non sussiste il rischio di un rimpatrio sommario in Iran<sup>95</sup>. In conclusione, nel caso K.R.S. c. Regno Unito, pur affermando la relatività della presunzione di sicurezza la Corte ha stabilito che gli argomenti formali, quali aver aderito alla CEDU ed essere parte del sistema europeo comune di asilo, hanno prevalso sulle prove concrete del rischio di violazione dei diritti fondamentali del ricorrente, blindando di fatto il principio di mutua fiducia tra gli Stati Membri.

Con la sentenza M.S.S. c. Belgio e Grecia, riguardante il caso di un cittadino afghano richiedente asilo in Belgio, poi trasferito in Grecia in quanto Stato di primo ingresso e lì trattenuto in condizioni degradanti, la Corte di Strasburgo rimedia alle lacune e incongruenze mostrate nella pronuncia precedente<sup>96</sup>. Chiarendo che la presunzione della tutela equivalente non è applicabile ai trasferimenti disposti sulla base del Regolamento Dublino<sup>97</sup>, i giudici

---

comunicato stampa di Amnesty International del 28 febbraio 2008, intitolato "No place for an asylum-seeker in Greece".

<sup>93</sup> UNHCR (2008) *Position on the return of asylum seekers to Greece under the "Dublin Regulation"*, 15 aprile 2008.

<sup>94</sup> Cfr. Pp. 16-17: "The Court notes the concerns expressed by the UNCHR whose independence, reliability and objectivity are, in its view, beyond doubt. [...] Despite these concerns, the Court considers that they cannot be relied upon to prevent the United Kingdom from removing the present applicant to Greece, for the following reasons".

<sup>95</sup> R (Nasseri) v. the Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA Civ 464.

<sup>96</sup> Corte EDU, Grande Camera, M.S.S. c. Grecia e Belgio, ric. n. 30696/09, sent. 21 gennaio 2011.

<sup>97</sup> Nel caso K.R.S. infatti la Corte aveva affermato che: "*Returning an asylum seeker to another European Union Member State, is the implementation of a legal obligation on the State in question which flows from its participation in the asylum regime created by that Regulation. The Court observes, though, that the asylum regime so created protects fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the*



affermano che il Belgio, trasferendo il ricorrente, lo ha esposto consapevolmente al rischio di trattamento inumano e degradante, a causa della comprovata contrarietà all'art. 3 CEDU delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in Grecia e al rischio di *refoulement* indiretto verso l'Afghanistan<sup>98</sup>.

È in questa sentenza, quindi, che la Grande Camera mette per la prima volta realmente in discussione il principio di fiducia reciproca e la presunzione di sicurezza degli Stati membri, non limitandosi a statuirne semplicemente la relatività. Non solo, la Corte pone sugli Stati membri l'ulteriore obbligo di assicurarsi che il sistema di asilo del Paese identificato come competente ad esaminare la domanda sia effettivamente conforme alla CEDU e di astenersi dal trasferimento, utilizzando la clausola di sovranità, laddove ciò non si verifichi<sup>99</sup>.

L'accoglimento del ricorso, con cui sono stati condannati sia il Belgio che la Grecia per la violazione degli artt. 3 e 13 CEDU, a prima vista potrebbe anche stupire, soprattutto se si considera che il ricorrente aveva chiesto di sospendere il trasferimento in via cautelare, avvalendosi dell'art. 39 del Regolamento della Corte EDU, ma i giudici di Strasburgo avevano rifiutato di adottare misure provvisorie sulla base della considerazione che le autorità greche si erano conformate agli obblighi previsti dalla legislazione dell'Unione Europea in materia di asilo. Inoltre, come evidenziato nell'opinione dissenziente del giudice Bratza, le criticità emerse rispetto al sistema di asilo ellenico sono sostanzialmente le stesse che erano state attestate nella sentenza K.R.S., avente ad oggetto fatti di poco precedenti nel tempo, ma in quel caso la Corte non le aveva giudicate pregiudicanti al trasferimento, rendendo perciò

---

*mechanisms controlling their observance*", in applicazione della dottrina della tutela equivalente, che esclude la responsabilità dello Stato membro per le condotte meramente esecutive del diritto europeo, a condizione che garantisca una protezione dei diritti fondamentali equivalente rispetto alla Convenzione. Tuttavia, tale dottrina è applicabile solo qualora lo Stato membro non abbia alcun potere discrezionale, cosa che non si verifica con il Regolamento Dublino grazie alla c.d. "clausola di sovranità", che consente a uno Stato membro di esaminare la domanda di asilo in deroga ai criteri ordinari, pur non essendo competente. Cfr. par. 340 della sentenza: *"The Court concludes that, under the Regulation, the Belgian authorities could have refrained from transferring the applicant if they had considered that the receiving country, namely Greece, was not fulfilling its obligations under the Convention. Consequently, the Court considers that the impugned measure taken by the Belgian authorities did not strictly fall within Belgium's international legal obligations. Accordingly, the presumption of equivalent protection does not apply in this case"*. Per approfondimenti su tale dottrina v. C. Costello (2006) *"The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe"*, *Human Rights Law Review*, 1, pp. 87-130.

<sup>98</sup> Par. 205-322.

<sup>99</sup> Par. 342-359 della sentenza.



comprensibile la decisione delle autorità belga di trasferire in Grecia il richiedente asilo.

Tuttavia, una differenza rilevante rispetto alle pronunce precedenti è che il trasferimento viene effettivamente realizzato, perciò la Corte è messa di fronte alle reali conseguenze che esso ha avuto sul ricorrente<sup>100</sup>. Per questo motivo, si ritiene che il cambiamento di indirizzo della Corte EDU sia dovuto, più che alla sopravvenienza di nuove fonti in merito alle condizioni dei richiedenti asilo in Grecia, alla scelta di privilegiare, nella valutazione delle prove, l'analisi delle prassi e dei provvedimenti delle Corti e delle autorità elleniche, in questo senso dando maggiore rilievo ai report delle organizzazioni non governative operanti sul territorio che al mero dato normativo<sup>101</sup>. Infatti, come nel caso Saadi<sup>102</sup>, la Corte rileva che le assicurazioni fornite dallo Stato di destinazione non sono di per sé sufficienti a proteggere il ricorrente contro il rischio di trattamenti vietati dalla

---

<sup>100</sup> Infatti, le autorità belghe lo trasferiscono coattivamente in Grecia, dove egli viene immediatamente trattenuto in un centro di detenzione per immigrati irregolari, che risulta essere sovraffollato e con gravi carenze igieniche. Dopo circa una settimana viene rilasciato ma, non ricevendo alcuna assistenza materiale dalle autorità elleniche, è costretto al vagabondaggio nell'attesa che la sua richiesta di asilo venga esaminata. Inoltre, in seguito alla presentazione del ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo, egli tenta due volte di fuggire dalla Grecia, senza riuscirci, e per questo motivo vengono emessi nei suoi confronti due ordini di espulsione, il primo dei quali è revocato (essendo stata presentata istanza di asilo prima dell'emissione di tale provvedimento), il secondo invece non viene eseguito dalla polizia greca.

<sup>101</sup> La Corte infatti afferma: *“the existence of domestic laws and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where, as in the present case, reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention”* (par. 353). Al riguardo si noti che nella giurisprudenza CEDU la sussistenza o meno delle posizioni critiche dell'UNHCR rispetto al trattamento dei richiedenti asilo in alcuni Stati Membri è risultata spesso determinante ai fini della constatazione di un obbligo di astensione dal trasferimento del ricorrente. Ad esempio, nella sentenza Mohamed c. Austria, ricorso n. 2283/12, 6 settembre 2012, l'assenza di una condanna del sistema ungherese da parte dell'UNHCR è stata determinante nell'affermazione da parte della Corte della mancata violazione dell'art. 3. Cfr. M. Marchegiani (2014) “Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente”, *Diritti umani e diritto internazionale*, pp. 159-182, 2014, (pp. 170-172). Invece, per un approfondimento sul ruolo dell'UNHCR nell'ambito della giurisprudenza della CGUE si veda M. Garlick (2015) “International Protection in Court: The Asylum Jurisprudence of the Court of Justice of the EU and UNHCR”, *Refugee Survey Quarterly*, pp. 107-130.

<sup>102</sup> Cfr. *infra* p. 27.



Convenzione, ma costituiscono solo uno dei fattori da prendere in considerazione nella valutazione del rischio<sup>103</sup>.

Tuttavia, la Corte di Strasburgo omette di indicare i limiti oltre i quali il trasferimento del richiedente verso lo Stato competente all'esame della domanda di asilo può comportare una violazione della CEDU. Tale operazione è stata svolta dalla Corte di Giustizia UE che, con la sentenza N.S.<sup>104</sup>, ha tentato di risolvere definitivamente la tensione tra il principio di mutua fiducia tra gli Stati membri e il rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Il caso trae origine dal rinvio pregiudiziale da parte della Court of Appeal of England and Wales e la High Court irlandese che chiedevano alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla sussistenza dell'obbligo in capo agli Stati membri di controllare il rispetto dei diritti fondamentali negli Stati in cui disponevano il trasferimento dei richiedenti asilo in applicazione del Regolamento di Dublino e di chiarire se, qualora emergesse che lo Stato competente non rispetta i diritti fondamentali, le autorità del Paese dove il richiedente asilo si trova siano obbligate ad esaminare la sua domanda. Per risolvere la questione, la Corte effettua un bilanciamento tra il principio di effettiva applicazione del diritto dell'Unione Europea e la tutela dei diritti fondamentali, stabilendo che la presunzione di sicurezza è superabile quando le 'carenze sistemiche' nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato costituiscono motivi seri e comprovati di credere

---

<sup>103</sup> La sentenza M.S.S. fa rientrare, quindi, l'accordo di presa o ripresa in carico del richiedente asilo nella categoria delle assicurazioni diplomatiche, applicando i rigorosi parametri di giudizio sul grado di affidabilità e idoneità di queste ultime, definiti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte europea dei diritti umani, *Ismoilov e altri c. Russia*, no. 2947/06, 24 aprile 2008; *Ryabikin c. Russia*, no. 8320/04, 19 giugno 2008; *Soldatenko c. Ucraina*, no. 2440/07, 23 ottobre 2008). Nel caso M.S.S. le autorità elleniche hanno utilizzato un documento standardizzato in cui si limitavano a confermare la propria competenza ad esaminare la domanda del ricorrente, in applicazione del Regolamento Dublino. Secondo la Corte, tale documento non rappresenta una garanzia sufficiente contro il rischio di *refoulement* in Grecia, dato che non indica le tutele specifiche nei confronti del ricorrente ma si limita a richiamare solo la legislazione nazionale senza fornire informazioni sulla situazione concreta del sistema di asilo (par. 354).

<sup>104</sup> CGUE, cause riunite C-411 e 493/10, N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform, sentenza del 21 dicembre 2011, Racc. 13905. Il ricorrente principale era un cittadino afgano entrato illegalmente in Grecia, dove dichiarava di essere stato detenuto per quattro giorni prima di venire respinto in Turchia, e che successivamente era riuscito a raggiungere il Regno Unito e lì aveva presentato domanda di asilo. Le autorità inglesi a quel punto disponevano il trasferimento in Grecia ai sensi del Regolamento di Dublino, a cui N.S. si è opposto ricorrendo in giudizio fino in Corte di appello il 21 aprile 2010.



che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta di Nizza<sup>105</sup>.

Con l'introduzione del termine 'carezza sistemica' viene quindi fissata la soglia della gravità delle lacune oltre la quale sorge l'obbligo di non trasferire il richiedente asilo verso lo Stato membro competente<sup>106</sup>, ma allo stesso tempo non si attribuisce agli Stati Membri il dovere specifico di vigilanza sul rispetto dei diritti del richiedente asilo da parte di tale Paese, previsto invece nella sentenza M.S.S., limitandosi ad obbligare lo Stato membro ad astenersi dal trasferimento solo quando sia impossibile ignorare una situazione di carezza sistemica.

A questo proposito è bene sottolineare che già nella sentenza M.S.S. si riconosceva la condivisione dell'onere della prova tra ricorrente e autorità esaminante nell'ambito della procedura di determinazione dello Stato competente per la richiesta di asilo<sup>107</sup>, ma con il caso N.S. si precisa che in caso di carezza sistemica si verifica un'inversione della presunzione di sicurezza, per cui l'onere della prova grava sullo Stato che effettua il trasferimento. Lo scopo di tale requisito è duplice: da un lato si intende evitare che qualsiasi violazione di un diritto fondamentale da parte del Paese competente consenta di derogare ai criteri stabiliti dal regolamento 343/2003<sup>108</sup>, dall'altra si ribadisce che la sussistenza di una carezza strutturale del sistema di asilo costituisce un motivo sufficiente al divieto del trasferimento, pertanto non è necessario che l'individuo provi di essere esposto individualmente al rischio di *refoulement*, secondo un rapporto di proporzionalità inversa tra il requisito di carattere generale della carezza sistemica e quello di natura individuale del rischio di trattamenti inumani o

---

<sup>105</sup> Cfr. par. 94.

<sup>106</sup> Precisamente, al par. 106 la Corte afferma che: "gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo «Stato membro competente» ai sensi del regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti.

<sup>107</sup> Secondo la Corte di Strasburgo, le autorità esaminanti sono tenute ad acquisire d'ufficio le informazioni sulla situazione generale del Paese competente e a prendere in considerazione gli eventuali elementi probatori avversi alla presunzione di sicurezza di tale Stato (par. 346). Qualora le informazioni acquisite dall'autorità esaminante attestino carenze generalizzate nel sistema di asilo del Paese competente sorge, in capo allo Stato inviante, un obbligo specifico di vigilanza sulla conformità alla Convenzione del comportamento del Paese ricevente.

<sup>108</sup> Par. 82-84 della sentenza.



degradanti: tanto più sono presenti delle lacune nel sistema di asilo dello Stato competente, tanto meno sarà necessario dimostrare il rischio individuale di violazione dei diritti fondamentali a cui verrebbe esposto il soggetto in caso di trasferimento<sup>109</sup>.

Come valutare allora l'esistenza di queste 'carenze sistemiche' che possono portare fino al divieto di trasferimento? Sempre richiamando la pronuncia M.S.S. c. Belgio e Grecia, la Corte di Giustizia dell'Unione europea afferma che i report di organizzazioni non governative internazionali e dell'UNHCR, oltre che le relazioni della Commissione europea, costituiscono informazioni idonee a permettere una valutazione sul funzionamento del sistema di asilo nello Stato membro competente<sup>110</sup>. Dal momento che la Corte di Giustizia non ha sviluppato ulteriormente il concetto di 'carenza sistemica', lasciando irrisolta la questione sulla natura, la tipologia e la gravità delle violazioni necessarie ad integrare tale concetto, la giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza N.S. ha fornito un'interpretazione restrittiva del termine, richiedendo un livello probatorio particolarmente elevato del rischio di subire trattamenti inumani o degradanti a causa delle carenze sussistenti nei sistemi di asilo dello Stato competente<sup>111</sup>. Tale tendenza viene successivamente invertita

---

<sup>109</sup> La conferma di tale interpretazione ci è fornita dalla sentenza Elgafaji, relativa all'interpretazione dell'art. 15, lett. c), della Direttiva Qualifiche. Essa ha risolto il contrasto apparente tra i concetti di 'violenza indiscriminata' e 'minaccia individuale' affermando che: "l'esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona può essere considerata, in via eccezionale, provata qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese o nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio, un rischio effettivo di subire la detta minaccia". Al riguardo è interessante citare anche la sentenza della Corte di Giustizia, richiamata sempre a p. 4 dell'ordinanza in commento, C.K., H.F., A.S. c. Slovenia, C-578/16, 16 febbraio 2017, in cui si dichiara illegittimo il trasferimento del ricorrente in Croazia, in applicazione del Regolamento di Dublino, non per ragioni connesse al sistema di accoglienza, quanto per la condizione specifica del richiedente asilo, in questo caso una donna con patologie psichiatriche, che avrebbe subito gravi ripercussioni sulla sua salute a causa di qualsiasi trasferimento. In questo caso quindi, poiché l'impianto probatorio non rilevava un problema di carenza sistemica nel sistema di asilo croato, è stato determinante provare che il trasferimento nei confronti di quella specifica richiedente asilo avrebbe configurato trattamento inumano e degradante.

<sup>110</sup> Par. 88-91 della sentenza. Al riguardo può essere utile ricordare che il Consiglio d'Europa ha sviluppato la nozione di 'problemi sistemici', identificandoli come le violazioni della Convenzione che: a) sono associate a 'disfunzioni' dell'ordinamento giuridico nazionale, b) colpiscono un ampio numero di persone, c) producono numerosi ricorsi dinanzi alla Corte EDU e richiedono l'adozione di misure correttive "strutturali". Cfr. Committee of Ministers, Council of Europe (2013) *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights: 6th Annual Report of the Committee of Ministers 2012*.

<sup>111</sup> In particolare, degna di nota è la sentenza *Mahammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia*, poiché a partire da essa sono stati ritenuti conformi all'art. 3 CEDU i trasferimenti verso l'Italia.



dalla sentenza della Corte di Strasburgo *Tarakhel c. Svizzera*, in cui la Corte afferma che, per valutare se il ricorrente rischi di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU in caso di rinvio verso un altro Stato Membro, occorre prendere in considerazione la situazione generale del sistema di accoglienza, congiuntamente alla condizione particolare del ricorrente<sup>112</sup>. Pertanto, i giudici di Strasburgo dichiarano che, per non incorrere in una violazione dell'art. 3, la Svizzera deve richiedere all'Italia informazioni dettagliate e affidabili riguardo alla struttura specifica dove saranno ospitati i ricorrenti, alle condizioni di accoglienza e al mantenimento dell'unità familiare, in questo senso innalzando notevolmente il livello probatorio richiesto allo Stato che effettua il trasferimento, che avrebbe dovuto disporre di specifiche garanzie da parte del Paese competente sull'adeguatezza delle condizioni di accoglienza<sup>113</sup>.

Questa sentenza supera la giurisprudenza N.S. sul concetto di carenza sistemica – che comunque è stata di fondamentale importanza, tanto da essere stata poi recepita nel Regolamento Dublino III, come ci ricorda l'ordinanza del Tribunale di Roma<sup>114</sup> – e risulta fondamentale ai fini della nostra analisi, perché fissa lo standard probatorio richiesto anche rispetto alle garanzie in materia di non respingimento da parte dello Stato considerato sicuro, sancendo definitivamente l'irrelevanza della formale aderenza alle Convenzioni e delle generiche assicurazioni diplomatiche.

---

<sup>112</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Tarakhel c. Svizzera*, ric. N. 29217/12, sent. 4 novembre 2014, par. 105. Il 16 luglio 2011, i ricorrenti (una famiglia afgana formata da padre, madre e sei figli minori) arrivano sulle coste della Calabria, in seguito raggiungono la Svizzera dove presentano domanda di protezione internazionale e ricorrono in giudizio contro le autorità svizzere che avevano disposto il trasferimento in Italia ai sensi del Regolamento di Dublino.

<sup>113</sup> In questo senso si può notare la differenza con il caso *Mahammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia*, in cui i giudici affermano, sulla base del mero dato normativo e senza alcuna assicurazione in proposito da parte delle autorità italiane, che l'Italia avrebbe tenuto in particolare considerazione le esigenze di protezione dei ricorrenti. Si tenga conto però che l'importanza di quanto enunciato nella sentenza *Tarakhel* sulla valutazione delle garanzie da parte dello Stato competente si riduce sensibilmente se andiamo a vedere gli effetti che ha avuto sul trasferimento dei ricorrenti. Infatti, il 26 novembre 2014 si è tenuto un incontro tra il direttore dell'Ufficio federale della migrazione svizzero e il suo omologo italiano nell'ambito del quale l'Italia ha assicurato di fornire un'accoglienza adeguata alle famiglie con minori. A ciò ha fatto seguito una dichiarazione scritta di tali garanzie da parte dell'Italia nei confronti della famiglia *Tarakhel* che sono state verificate dall'autorità svizzera recatasi sul posto nel febbraio 2015. Quindi la Svizzera, soddisfatta dalle garanzie fornitegli dall'Italia ha proceduto al trasferimento della famiglia *Tarakhel*. (Cfr. Dipartimento federale di giustizia e polizia, Italia e Svizzera concordano il modo di procedere per i rinvii Dublino, 27 novembre 2014).

<sup>114</sup> Cfr. p. 4.



Infine, è utile richiamare anche la sentenza della Corte di Giustizia Abubacarr Jawo, che ribadisce come l'art. 4 della Carta di Nizza preclude il trasferimento del richiedente in applicazione del Regolamento di Dublino qualora, anche in assenza di carenza sistemica del sistema di asilo, risulti sulla base di “elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati” che la persona richiedente asilo, se trasferita, si verrebbe a trovare, “indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema privazione materiale che non le consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari quali, segnatamente, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio, e che pregiudichi la sua salute fisica o psichica o che la ponga in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana”<sup>115</sup>. Le condizioni dei migranti che percorrono la rotta balcanica e che giungono infine alla frontiera tra Slovenia e Italia sono ormai ampiamente documentate, pertanto è innegabile che la situazione in cui le persone si trovano a vivere, tra campi profughi in disuso, in immobili diroccati dai bombardamenti o addirittura nella foresta, in pieno inverno, senza avere accesso a nessun tipo di servizio di base e continuamente maltrattate e private dei loro beni dalla polizia di frontiera, integra pienamente la soglia richiesta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Jawo<sup>116</sup>.

#### 4.2. Violazione dell'art. 3 CEDU relativamente al divieto di refoulement

Nell'ambito della giurisprudenza sulla protezione *par ricochet* sviluppata dalla Corte di Strasburgo relativamente all'art. 3 CEDU, T.I. c. Regno Unito è il primo caso in cui la Corte ha posto in discussione la legittimità di trasferire un richiedente asilo sulla base dell'allora Convenzione di Dublino<sup>117</sup>. Il ricorrente, originario dello Sri Lanka, aveva presentato istanza di protezione internazionale in Germania e, a seguito di un provvedimento di rigetto, si era trasferito nel Regno Unito, dove aveva nuovamente richiesto asilo. Le autorità inglesi, in applicazione della Convenzione di Dublino, avevano disposto il trasferimento del ricorrente verso la Germania, ma si vedevano impugnare il provvedimento dal ricorrente, che lamentava

<sup>115</sup> CGUE, Grande Sezione, AbubacarrJawo c. Bundesrepublik Deutschland, Causa C-163/17, sent. 19 marzo 2019, par. 92

<sup>116</sup> In questo senso anche Di Pascale (2021) “Riammissioni informali e violazione del diritto di asilo”, *Questione Giustizia*, 9 febbraio 2021, p. 9.

<sup>117</sup> Corte EDU, T.I. c. Regno Unito, ric. n. 43844/98, sent. 7 marzo 2000.



il rischio di *refoulement* in Sri Lanka, considerata la sua particolare situazione<sup>118</sup>. Il ricorso è stato dichiarato irricevibile con decisione del 7 marzo 2000, poiché la Corte, pur sostenendo un'eventuale responsabilità del Regno Unito qualora il trasferimento in Germania avesse comportato un *refoulement* indiretto<sup>119</sup>, ha ritenuto che l'esistenza di un rischio reale di espulsione non fosse stato adeguatamente provato. Anche in questo caso, è evidente che la decisione si basa sul dato normativo, infatti è stata ritenuta sufficiente la presenza nella legislazione tedesca di una forma di protezione complementare che tutela coloro che, pur non qualificabili come rifugiati in senso stretto, rischiano ugualmente di subire la violazione dei propri diritti fondamentali nel Paese di origine. Diversamente, non si è tenuto conto della natura discrezionale e della tutela minima garantita dallo strumento in questione, per esempio la circostanza che non risultano evidenze della sua applicazione ai casi di persone che abbiano ottenuto un provvedimento di rigetto della richiesta di asilo, nonché della costante giurisprudenza tedesca secondo cui gli atti persecutori provenienti da privati non costituiscono validi motivi per il riconoscimento dello status di rifugiato<sup>120</sup>. Allo stesso modo,

---

<sup>118</sup> Le torture e maltrattamenti subiti dal ricorrente erano stati compiuti dai Tigri Tamil, gruppo militante indipendentista, e da parte di pubblici ufficiali che agivano a titolo personale e in violazione della normativa vigente nello Sri Lanka, di conseguenza la condotta persecutoria era da attribuire a soggetti privati e non direttamente allo Stato. Si ricorda che i giudici di Strasburgo avevano già avuto occasione di precisare che il pericolo di subire atti di tortura nel Paese terzo non necessariamente deve scaturire dall'apparato governativo ma può anche provenire da gruppi su cui lo Stato non ha alcun controllo ovvero da soggetti privati. Ad esempio, la Corte ha ritenuto in violazione dell'articolo 3 l'allontanamento del ricorrente in Paesi dove rischia di subire maltrattamenti da parte di trafficanti di droga (H.L.R. contro Francia, ricorso n. 11/1996/630/813, del 29 aprile 1997), o da clan impegnati in una guerra civile (Ahmed contro Austria, ricorso n. 71/1995/577/663, del 17 dicembre 1996), qualora venga dimostrato che lo Stato ricevente sia incapace di garantire un'adeguata forma di protezione contro tali attori privati. Nel caso in cui i potenziali autori di atti contrari all'art. 3 della CEDU siano agenti non statuali, il ricorrente dovrà soddisfare un 'doppio test', dimostrando non solo la sussistenza di un timore di essere sottoposto a tortura in caso di espulsione o estradizione (fear test), ma anche l'incapacità o la mancanza di volontà del Paese terzo di fornirgli un'adeguata protezione contro le attività di tali soggetti privati (protection test). Cfr. European Legal Network on Asylum (1998) *Research paper on non-state agents of persecution*, novembre 1998, pp. 9-13.

<sup>119</sup> Cfr. p. 15: "Where States establish international organisations, or *mutatis mutandis* international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution".

<sup>120</sup> Cfr. pp. 17-18.



nell'ambito della valutazione delle garanzie procedurali fornite dal sistema di asilo tedesco, non è stato dato il dovuto peso alle difficoltà che avrebbe incontrato il ricorrente per ottenere una nuova audizione, produrre nuove prove e, in generale, vedere accolto il proprio ricorso. La Corte ha infatti relegato tali preoccupazioni al campo delle 'speculazioni e congetture', limitandosi a constatare che l'ordinamento tedesco, consentendo al ricorrente di presentare una nuova domanda di asilo e di sospendere l'ordine di espulsione, rispettava ugualmente l'art. 13 della CEDU<sup>121</sup>.

La sentenza che cambia definitivamente l'approccio della Corte è il caso *Hirsi Jamaa c. Italia*<sup>122</sup>, che, pur riguardando il respingimento in un Paese terzo, ha gettato le basi per le successive pronunce sui trasferimenti in applicazione del Regolamento di Dublino. Questa sentenza, particolarmente rilevante in quanto afferma che l'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU si estende anche alle operazioni di respingimento in alto mare, ha stabilito come il divieto di espulsioni collettive implichi l'obbligo per lo Stato di effettuare una valutazione individuale, caso per caso, delle esigenze di protezione internazionale<sup>123</sup>. Nello specifico, la Corte afferma che nella valutazione della legittimità delle misure di respingimento alla frontiera o nelle zone internazionali rileva, oltre all'art. 3, anche l'art. 4 del quarto Protocollo addizionale alla CEDU, che vieta le espulsioni collettive degli stranieri. Inoltre, la Corte ha constatato un legame diretto tra le espulsioni collettive e la violazione del diritto a un ricorso effettivo sancito all'art. 13 della CEDU.

Infatti, le modalità di respingimento sommario implicano l'impossibilità per i ricorrenti di avere accesso a una forma di tutela giurisdizionale che consenta loro di impugnare il provvedimento di espulsione o di chiederne la sospensione<sup>124</sup>. Infine, la Corte di Strasburgo ha precisato che il divieto di *refoulement* non si esaurisce nell'obbligo di astenersi

<sup>121</sup> Cfr. p. 17: "While it may be that on any re-examination of the applicant's case the German authorities might still reject it, this is largely a matter of speculation and conjecture".

<sup>122</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, r. n. 27765/09, 23 febbraio 2012. Il fatto si riferisce al salvataggio, avvenuto in acque internazionali a sud di Lampedusa, da parte di vascelli della Guardia di finanza e della Guardia costiera italiane, di alcune imbarcazioni che trasportavano oltre duecento persone di origine eritrea, somala e in generale africana. Invece di trasportare i profughi verso le coste italiane, le navi militari li trasferirono a Tripoli, dopo un viaggio di oltre 10 ore, consegnandole alle autorità libiche.

<sup>123</sup> Infatti, la Corte ha precisato che le azioni di respingimento devono essere precedute dall'esame della situazione di ogni individuo destinatario della misura di espulsione, prendendo in considerazione tutti gli elementi che possono diversificare la posizione del singolo rispetto a quella del gruppo. (Par. 177-180).

<sup>124</sup> Par. 201-207.



dal rimpatriare l'individuo nello Stato di origine o di provenienza, dove sussiste il pericolo che egli possa subire un grave pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica, ma si estende anche al trasferimento verso qualsiasi Paese terzo in cui emerge tale rischio<sup>125</sup>. Di conseguenza, il rinvio da parte delle autorità pubbliche in uno Stato ritenuto sicuro richiede una verifica approfondita dell'effettiva tutela garantita in tale Paese, sia per quanto riguarda il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti, sia rispetto al rischio di venire respinti in Paesi in cui si potrebbero subire tali trattamenti.

È importante sottolineare che alla luce di questa pronuncia, così come di quelle precedentemente analizzate in materia di carenza sistemica del sistema di asilo, la verifica approfondita richiesta dalla Corte non si può limitare al mero riferimento ad accordi bilaterali esistenti con il Paese di trasferimento, né a generiche dichiarazioni di impegno da parte delle autorità. Già a partire dal caso *Saadi c. Italia*<sup>126</sup>, la giurisprudenza aveva affinato il test di attendibilità delle assicurazioni diplomatiche, ancorandolo ad alcuni parametri standard, come la valutazione di effettività degli strumenti legislativi a tutela dei diritti fondamentali rispetto alla specifica situazione del cittadino espulso, la considerazione dell'effettiva competenza dell'organo che emette l'assicurazione e dell'imparzialità di quello preposto a controllarne il rispetto, la valutazione della sussistenza o meno di pratiche in violazione del divieto di tortura, in base anche ai rapporti di organizzazioni non governative o istituzioni internazionali<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Cfr. soprattutto opinione concordante del giudice Pinto De Albuquerque.

<sup>126</sup> Corte EDU, *Saadi contro Italia*, ricorso n. 37201/06, 28 febbraio 2008. Vedi anche *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 15 novembre 1996. Queste sentenze sono state particolarmente importanti perché hanno ribadito l'assolutezza e l'inderogabilità dell'art. 3 CEDU e del principio di non *refoulement*, che non sono in alcun modo suscettibili di bilanciamento. Specificamente nei casi in questione la Corte sostiene che il rischio dello straniero di subire tortura o trattamenti inumani o degradanti vietati dall'art. 3 della CEDU non può essere bilanciato nemmeno dalla sua pericolosità per lo Stato in cui si trova, derivante dal sospetto di appartenenza dello stesso ad un'organizzazione terroristica.

<sup>127</sup> Nello stesso senso anche il caso *Sellem c. Italia*, ricorso n. 12584/08, sent. 5 maggio 2009, in cui si puntualizza che nessuna assicurazione ufficiale, per quanto dettagliata, da parte dello stato di destinazione può giustificare l'invio di un individuo in uno stato noto (in ragione, per esempio, di rapporti di autorevoli organizzazioni per i diritti umani quale Amnesty International) per praticare trattamenti inumani ai danni di individui nella posizione del richiedente, condannato in contumacia per associazione terroristica. Analogamente: Corte EDU, *Ben Khemais c. Italia*, ricorso 246/07, sent. 24 febbraio 2009.



Analogamente, la Grande Camera si è pronunciata nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, condannando l'Ungheria per il mancato rispetto delle garanzie procedurali sotto il profilo del divieto di *refoulement*<sup>128</sup>. Il caso riguardava due richiedenti asilo bangladesi trattenuti presso la zona di transito ungherese di Roszke, la cui domanda di protezione, valutata nell'ambito di una procedura di frontiera, è stata dichiarata inammissibile sulla base della considerazione che la Serbia rientrasse nella lista dei Paesi terzi sicuri predisposta dal governo ungherese. La Corte, senza entrare nel merito del possibile pericolo per i ricorrenti in caso di trasferimento in Serbia, ha ritenuto che le autorità non avessero fornito alcuna prova di una effettiva valutazione dei rischi ai quali i ricorrenti potevano essere esposti, non avendo tenuto conto delle criticità rilevate nell'ambito dei report pubblicati in riferimento alla situazione in Serbia in merito agli ostacoli all'accesso alla procedura di asilo e al rischio di essere oggetto di un respingimento a catena<sup>129</sup>.

Più di recente, la Corte si è pronunciata nella sentenza *M.K. c. Polonia* rispetto ai ricorsi proposti da tre famiglie russe avverso il rifiuto delle autorità polacche di registrare le domande di protezione internazionale al confine tra Bielorussia e Polonia<sup>130</sup>. Infatti, nonostante fosse chiara la loro volontà di chiedere asilo, le autorità polacche al confine avevano ogni volta interrogato sommariamente i ricorrenti e, dopo aver adottato un provvedimento di divieto di ingresso, li avevano subito allontanati in Bielorussia, sostenendo per altro di non aver eseguito allontanamenti in senso proprio, poiché tecnicamente i ricorrenti non avevano ancora fatto ingresso in territorio polacco. Anche in questo caso, quindi, la Polonia è stata condannata per violazione dell'art. 3 CEDU, cui si aggiungono la violazione del divieto di espulsioni collettive (art. 4, Prot. 4) e del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU), relativamente all'art. 3 e all'art. 4, Prot. 4. Infatti, anche se i ricorrenti erano stati interrogati e avevano ricevuto una decisione individuale ogni volta che si erano presentati al confine, non era stata comunque condotta una valutazione adeguata della loro

<sup>128</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15, sent. 14 marzo 2017.

<sup>129</sup> Par. 133-141. Si noti che al par. 141 la Corte fa riferimento a “*authoritative reports, notably of the UNHCR, Council of Europe and EU bodies*”, omettendo un riferimento diretto alle fonti di informazione di origine non governativa, in questo senso dimostrando di fare un passo indietro rispetto alla giurisprudenza precedente.

<sup>130</sup> Corte EDU, *M.K. e altri c. Polonia*, ric. n. 40503/17, sent. 23 luglio 2020.



situazione specifica, facendo così assumere alla condotta delle autorità polacche quel carattere collettivo vietato appunto dall'art. 4, Prot. 4 CEDU<sup>131</sup>.

I motivi alla base delle condanne degli Stati per i respingimenti verso Paesi terzi considerati sicuri riemergono in maniera analoga nelle condanne per i trasferimenti avvenuti tra Stati membri. Al riguardo, si ricorda la sentenza *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, i cui fatti ricordano molto quelli odierni ricostruiti nell'ordinanza in commento<sup>132</sup>. In questo caso, la Corte appura l'esistenza di una prassi consolidata di rinvii automatici e indiscriminati dall'Italia alla Grecia, ricordando che essa non trova alcun fondamento normativo nel regolamento Dublino. Richiamando la giurisprudenza precedente, i giudici ribadiscono il principio secondo cui, prima di disporre il trasferimento nello Stato ritenuto competente all'esame della domanda, si deve procedere a un previo esame individuale della situazione di ciascun ricorrente, cosa che non è avvenuta in questo caso, stante l'informalità della riammissione, che ha assunto quindi i caratteri di un'espulsione collettiva vietata dall'art. 4 Prot. 4 della Convenzione<sup>133</sup>. Inoltre, la stessa informalità ha comportato, anche in questo caso, che i ricorrenti non potessero impugnare l'allontanamento in alcun modo, in violazione dell'art. 13 CEDU.

Alla luce del fatto che alcuni dei ricorrenti respinti sono stati sottoposti a detenzione amministrativa e che nessuno di essi ha avuto accesso alla procedura di asilo, rendendo concreto il rischio di respingimento nel Paese di origine – circostanza che per alcuni si è effettivamente verificata –, l'Italia è stata dichiarata responsabile anche per la violazione dell'art. 3 CEDU, avendo disposto il respingimento in un Paese che non poteva essere considerato sicuro, a causa del rischio di un respingimento arbitrario dei ricorrenti verso l'Afghanistan, nonostante avesse il dovere specifico di accertarsi della funzionalità del sistema nazionale di asilo greco<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Cfr. p. 5 della sentenza.

<sup>132</sup> Corte EDU, II sez., *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, sent. 21 ottobre 2014.

<sup>133</sup> Par. 223.

<sup>134</sup> Par. 232.



## 5. Conclusioni

Seppure il Ministero dell'Interno non si sia costituito, ciò che maggiormente sconcerta in merito alla prassi delle 'riammissioni informali' in Slovenia su cui si è pronunciata l'ordinanza del Tribunale di Roma esaminata, sono proprio le dichiarazioni rese dal Sottosegretario di Stato per l'Interno alla seduta del 24 luglio 2020<sup>135</sup>, in cui ha dichiarato che le procedure informali di riammissione in Slovenia “vengono applicate nei confronti dei migranti rintracciati a ridosso della linea confinaria italo-slovena, quando risulti la provenienza dal territorio sloveno, anche qualora sia manifestata l'intenzione di richiedere protezione internazionale”.

Nella seduta del 13 gennaio 2021<sup>136</sup>, come ricordato nei precedenti paragrafi, diversamente risponde la Ministra dell'Interno Lamorgese che ha sottolineato come:

È anche importante chiarire che a tutti gli stranieri vengono fornite, con l'ausilio di mediatori culturali e linguistici, nonché mediante la consegna di appositi opuscoli, opportune informazioni sulle modalità con cui formulare istanza di protezione internazionale, la quale, ove presentata, non dà luogo alla riammissione

Le due dichiarazioni sono di segno opposto, poiché la prima ammette che le riammissioni avvengono anche nei confronti dei richiedenti asilo, mentre la seconda sottolinea come le riammissioni non siano e non debbano essere assolutamente effettuate in questo caso. Nel primo scenario, rientra sicuramente quanto accaduto al ricorrente, nei cui confronti la Giudice Albano ha ritenuto illegittima la prassi della riammissione informale, poiché ha comportato la negazione del diritto dell'interessato a presentare domanda di protezione alla frontiera e l'attivazione di una procedura di riammissioni a ritroso conclusasi con il respingimento in un Paese Terzo, dove egli si è ritrovato in uno stato di degrado contrario alla dignità umana. Tuttavia, anche nel caso in cui il migrante intercettato alla frontiera non fosse intenzionato a presentare domanda di protezione, come abbiamo visto,

<sup>135</sup> Si fa riferimento a quanto contenuto nel resoconto stenografico della seduta, reperibile al seguente link: <https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0379&tipo=stenografico>.

<sup>136</sup> Si fa riferimento a quanto contenuto nel resoconto stenografico della seduta, reperibile al seguente link: <https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0450&tipo=stenografico#sed0450.stenografico.tit00070.sub00010>.



devono comunque essere adottate una serie di garanzie a tutela dei diritti fondamentali che nel caso della riammissione a ritroso dall'Italia fino alla Bosnia subita dal ricorrente, non sono state rispettate.

A proposito, abbiamo sottolineato come – alla luce della ricordata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia – non sia affatto sufficiente sostenere che gli Stati membri possono considerarsi rispettosi dei diritti fondamentali, conformemente alla presunzione di sicurezza, solo in virtù della loro appartenenza all'Unione. Come abbiamo visto, infatti, con la giurisprudenza sulla protezione *par ricochet*, la Corte di Strasburgo ha precisato che il divieto di *refoulement* non si esaurisce nell'obbligo di astenersi dal rimpatriare l'individuo nello Stato di origine o di provenienza dello straniero, dove sussiste il pericolo che egli possa subire un grave pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica, ma si estende anche al trasferimento verso qualsiasi Paese terzo in cui emerga tale rischio. Di conseguenza, il rinvio da parte delle autorità pubbliche in uno Stato ritenuto sicuro richiede una verifica approfondita dell'effettiva tutela garantita in tale Paese, sia per quanto riguarda il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti, sia rispetto al rischio di venire respinti in Paesi in cui si potrebbero subire tali trattamenti.

Tuttavia, è proprio a tale presunzione di sicurezza che si riferisce la Ministra nelle dichiarazioni rese sempre nella seduta del 13 gennaio:

Inoltre, con riguardo all'osservanza del principio del respingimento a catena, richiamato dagli onorevoli interroganti, è doveroso precisare che la Slovenia aderisce alla Convenzione di Ginevra, che ha fissato il principio su richiamato già dal 1992 e che, inoltre, la stessa Slovenia, come la Croazia, sono considerati Paesi sicuri sul piano del rispetto dei diritti umani e delle Convenzioni internazionali. Pertanto, le procedure di riammissione riguardano uno Stato europeo, la Slovenia, nel quale vigono normative internazionali europee analoghe a quelle che vigono nel nostro Paese

Tale giustificazione non appare sufficiente alla luce di quanto sopradetto, considerate le informazioni a disposizione delle autorità italiane sulle accertate modalità di riammissione a ritroso dalla Slovenia fino alla Croazia e poi in Bosnia, dunque fuori dall'Unione europea,



attraverso un respingimento illegittimo, nonché in merito alle violazioni dei diritti umani che vengono perpetrate durante tali operazioni.

Il pericolo che gli accordi di cooperazione bilaterale perseguano ad ogni costo obiettivi di deterrenza nei confronti dell'immigrazione irregolare a discapito della tutela dei diritti fondamentali e del diritto di asilo appare, pertanto, fondato alla luce delle prove raccolte dal Tribunale di Roma così come era già stato fatto dal Tribunale amministrativo sloveno.

Entrambe le pronunce ricordano, infatti, che un sistema di tutele esiste e deve essere, con più efficacia attuato, tanto che in entrambi i casi ai ricorrenti è stato riconosciuto il diritto di reingresso nel territorio dello Stato da cui erano stati in primo luogo espulsi, al fine di accedere alla procedura di protezione.

Le dichiarazioni rese dal Ministero dell'Interno e la condizione dei migranti bloccati sulla rotta balcanica che ogni giorno tentano di fare ingresso in Europa rivelano quanto sia complessa la gestione dei flussi migratori e quali siano le contraddizioni di un sistema europeo che garantisce la tutela dei richiedenti asilo, ma attua politiche restrittive con riferimento all'ingresso e al soggiorno degli stranieri sui propri territori, invitando a predisporre nuovi e più efficaci strumenti di controllo delle frontiere. Si tratta di un articolato sistema di *governance* che di fronte all'incontrollabilità e inarrestabilità dei flussi risponde con la rivendicazione della propria sovranità nazionale.

Tuttavia, gli Stati che operano tali limitazioni dei diritti dei richiedenti protezione internazionale, riconducendo alla dottrina della sovranità i dispositivi di governo e di polizia utilizzati in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare, rendono evidente il fallimento e la negazione di quei trattati e accordi, internazionali e sovranazionali, che hanno stipulato in questo ambito.

Attraverso tali trattati, che sono essi stessi espressione della sovranità statale, è stata infatti riconosciuta e accettata una limitazione dell'*agere* nazionale, al pari degli altri Stati, al fine di garantire un sistema uniforme per la tutela dei diritti dei richiedenti protezione internazionale. Inoltre, va considerato che il divieto di *refoulement*, caratterizzandosi oggi quale principio di diritto internazionale e consuetudinario ben consolidato, pone limiti stringenti al potere degli Stati di decidere sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini stranieri nei



propri territori e dei doveri di verifica non solo dei rischi a cui lo straniero può essere esposto nel Paese in cui venga respinto, ma anche dei rischi potenziali di respingimenti a catena verso il Paese di origine dell'interessato o verso altri Paesi terzi.

Se le politiche migratorie, nazionali ed europee, si pongono con sempre maggiore durezza nei confronti di chi non soggiace alle regole dei flussi migratori programmati, gli stranieri che stanno bussando alle porte della Fortezza Europa ci ricordano quali siano i limiti di tale potere discrezionale e frustrano, con la loro modalità 'indisciplinata'<sup>137</sup>, gli intenti di controllo e gestione della libertà umana di movimento. Si tratta di un nuovo capitolo dell'annoso problema che la rivendicazione del diritto di asilo pone di fronte agli Stati, poiché la sua portata quale diritto soggettivo assoluto limita drasticamente la possibilità di ricorrere a strumenti automatici di esclusione degli stranieri irregolari intercettati nel corso delle operazioni di controllo delle frontiere.

L'applicazione del paradigma della *governance* alle politiche migratorie, infatti, fa sì che l'esercizio del potere di controllo si frammenti, non solo fra soggetti istituzionali nazionali e internazionali, ma anche fra soggetti pubblici e privati. Tale frammentazione non fa venir meno però gli obblighi degli Stati che, ad ogni livello e fase di controllo delle frontiere, sono comunque tenuti a garantire i diritti fondamentali degli stranieri e a rispettare il sistema di procedure e garanzie previste per i richiedenti protezione internazionale.

Come ricordato dalla sentenza della Corte di Strasburgo *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, infatti, anche qualora il trasferimento dello straniero richiedente protezione fosse effettuato secondo la procedura del Regolamento Dublino, lo Stato che effettua il trasferimento deve procedere a un previo esame individuale della situazione dello straniero e deve verificare l'assenza di rischi di eventuali respingimenti arbitrari verso il Paese di origine dell'interessato o, comunque, verso un Paese in cui sussiste il rischio di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

---

<sup>137</sup> L'immagine è volutamente ripresa dal titolo del volume a cura di S. Mezzadra e M. Ricciardi (2013) *Movimenti disciplinati*, Ombre Corte, Verona, secondo cui i movimenti dei migranti, il loro attraversamento dei confini, mostrano un carattere irriducibilmente indisciplinato, contro il quale reagiscono le discipline scientifiche del sociale.



Sulla base di quanto accaduto al ricorrente, la decisione dell'ordinanza in commento ribadisce tali doveri degli Stati non solo nella valutazione della condizione specifica dello straniero che attraversa in maniera irregolare una frontiera, poiché dalla qualificazione come richiedente asilo o migrante irregolare dello straniero derivano determinate conseguenze giuridiche in merito alle procedure da attuare che limitano e guidano le azioni degli Stati, ma anche gli obblighi derivanti dal principio di *non refoulement* quando emerga, come nel caso di specie, una prassi indiscriminata di riammissioni a catena fino al respingimento fuori dal territorio dell'Unione con documentate violazioni dei diritti fondamentali del ricorrente.

La ricostruzione del quadro giuridico di riferimento in merito ai respingimenti degli stranieri alla frontiera rende evidente come il complesso ed articolato sistema di autorizzazioni e visti necessari per l'ingresso regolare nei territori europei si scontri ormai irriducibilmente con un altrettanto stratificato sistema di obblighi positivi degli Stati nei confronti di chi, tuttavia, non è in grado di rispettare tali requisiti e all'Unione europea chiede ogni giorno disperatamente una qualche forma di protezione.

L'ordinanza del Tribunale di Roma restituisce così effettività al diritto di asilo del ricorrente, aprendo potenzialmente la strada a numerosi altri ricorsi contro la prassi delle riammissioni a ritroso compiute al confine italo-sloveno e smascherando l'inutile affanno degli Stati di ricondurre all'interno della propria sfera di controllo politico un diritto ormai garantito e riconosciuto nella grande Europa che non può essere limitato o sottoposto ad eccezioni.



# Le REMS in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiudere

Katia PONETI\*

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze

**ABSTRACT:** This article has the aim of putting in question the reasons raised by the Court of Tivoli in his appeal to the Constitutional Court defeating the conformity of the legislation about REMS to the principles laid down in the Italian Constitution. REMS are psychiatric facilities and are inscribed in the wider net of psychiatric services, and all together deal with mental health of crimes' authors bearing a psychiatric disease. They represent the new approach to treatment and, in some cases, to custody, of crimes' authors with mentally illness, based on the right to health as a fundamental right, not to be reduced by or postponed at security reasons, even when a security measure is needed and is applied. As the appeal promoted by the Court of Tivoli put in question the centrality of health right in the treatment of mentally ill crimes' authors, as expressed in the exclusive management of REMS facilities by public health services, it represents a great opportunity to explore the constitutional and cultural basis of this new approach, to underline its best practices and to suggest considerations in order to overcome the asserted problem of lack of places in REMS

## 1. Introduzione

Con il ricorso proposto alla Corte Costituzionale il Tribunale di Tivoli<sup>1</sup> richiama nuovamente l'attenzione della Corte sul sistema delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), che insieme ai servizi di salute mentale sul territorio garantiscono l'applicazione delle misure di sicurezza per autori di reato con patologia psichiatrica. La riforma che ha condotto al superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) ha avuto lo scopo di

---

\* Contatto: Katia PONETI | [katia.poneti@unifi.it](mailto:katia.poneti@unifi.it)

<sup>1</sup> Ordinanza dell'11 maggio 2020, iscritta al n. 110 del registro delle ordinanze 2020, pubblicata sulla G.U. del 16/09/2020, Camera di consiglio del 26 maggio 2021, Rel. Viganò.



mettere la salute al centro della risposta, pur repressiva, ai fatti-reato commessi da persone con patologia mentale.

Proprio su questa caratteristica essenziale del nuovo sistema si concentra l'ordinanza di rimessione. Questa, infatti, dubita che sia conforme alla Costituzione l'esclusiva competenza dei servizi sanitari a dare esecuzione alla misura di sicurezza (provvisoria nel caso specifico) del ricovero presso una REMS, in quanto esclude dalla medesima competenza il Ministero della Giustizia.

Il panorama delle esperienze che si sono sviluppate nei cinque anni dall'apertura delle prime REMS è variegato, con buone prassi e criticità; tutte stimolate dalla competenza delle Regioni in materia sanitaria, che ha permesso sperimentazioni di diversi modelli.

L'ordinanza del Tribunale di Tivoli presenta questo sistema come del tutto inefficiente, incapace di assicurare un posto in cui eseguire la misura di sicurezza. Se vi è stato chi l'ha salutata come un atto di denuncia dell'incapacità delle idee di riforma di realizzare cambiamenti effettivi<sup>2</sup>, non sono mancati, peraltro, immediati commenti in senso opposto, che hanno sottolineato la necessità di contrastare ritorni al passato, e di cogliere l'opportunità offerta per approfondire la riflessione sugli esiti della riforma<sup>3</sup>. Seguendo tale secondo approccio, si vuole qui partire dalle critiche sollevate, per fare il punto sul sistema delle REMS, sulle sue caratteristiche (il numero chiuso dei pazienti per ogni struttura, il principio di territorialità nella collocazione del paziente, la gestione interna esclusivamente sanitaria, le liste d'attesa tenute dalle strutture) e criticità, che si suggerisce di affrontare facendo un ulteriore passo avanti sulla strada della riforma. Alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale e di alcuni atti di *soft law* si analizzeranno le motivazioni proposte dall'ordinanza di rimessione. Per concludere con alcune riflessioni in merito alla questione specifica delle liste d'attesa.

<sup>2</sup> M. Patarnello (2020) "Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni", *Questione Giustizia*, consultabile al sito: [https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-rem-uscire-dall-inferno-solo-con-le-buone-intenzioni\\_02-06-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-rem-uscire-dall-inferno-solo-con-le-buone-intenzioni_02-06-2020.php).

<sup>3</sup> Si vedano P. Pellegrini (2020) "Il superamento degli OPG e le REMS. Oltre le buone intenzioni", in *SosSanità*, consultabile al sito <http://www.sossanita.org/archives/10368>; A. Calcaterra (2020) "Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!", *Diritto penale e uomo(DPU) – CriminalLaw and Human Condition*, 6: 42-52; F. Corleone, M. Passione (2020) "La subdola nostalgia del manicomio giudiziario", rubrica di Fuoriluogo, *Il manifesto*, 24 giugno 2020.



Lo scopo di questo commento è quello di continuare a riflettere sul radicale cambiamento di prospettiva operato dalla riforma per il superamento degli OPG, la messa al centro della salute delle persone, che, indipendentemente dalla loro condotta penale e dalla loro pericolosità, hanno il diritto di essere curate, in attuazione dell'art. 32 Cost. La riforma è nata da un seme lanciato che ha generato piante rigogliose e un po' disordinate, che è bene orientare, ma certamente non recidere.

## 2. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale

È stata rimessa alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Tivoli (Ufficio GIP/GUP) la questione di costituzionalità degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter del DL 211/2011 (convertito con modificazioni nella Legge 9/2012, come modificato dall'art. 1, co. lett. a) del DL 52/2014, convertito con modificazioni nella Legge 81/2014):

1) in relazione agli artt. 27 e 110 Cost. perché, attribuendo l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una REMS alle Regioni, escludono la competenza del Ministero della Giustizia;

2) in relazione agli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost. perché, prevedendo l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza violano la riserva di legge in materia.

È opportuno ricordare i fatti che stanno all'origine del ricorso. Riguardano la richiesta di esecuzione di una misura provvisoria (ex art. 206 c.p.) e i tentativi, vani perché le strutture sono al completo, di reperire un posto in una REMS del territorio della Regione di residenza della persona destinataria della misura; nonché le prove fatte per inserire la medesima persona in strutture psichiatriche non detentive, con applicazione della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, tutti con esito negativo poiché la persona non accetta le cure e non vuole stare nelle strutture. Si riporta in narrativa (punto 3) che proprio il consulente tecnico "osservava che l'indagato poteva essere in grado di seguire un trattamento psichiatrico esclusivamente in termini coattivi, all'interno di strutture protette e specializzate per il trattamento delle patologie di cui era portatore" e concludeva che il soggetto "non aveva coscienza di malattia, aveva sempre rifiutato le cure e non collaborato con i servizi preposti e,

pertanto, presentava un rischio psicopatologico rilevante in termini di pericolosità sociale e necessitava di cure ad alta intensità terapeutica”. Da tale valutazione psichiatrica il giudice riteneva necessario il ricovero in REMS, applicando inoltre fino alla sua esecuzione effettiva, la misura della libertà vigilata ex art. 228 c.p.

Il fatto-reato per il quale la persona è imputata aiuta a cogliere la realtà sociale su cui le norme vanno a incidere: l'imputato aveva minacciato il Sindaco per indurlo a garantirgli la consegna di buoni alimentari e pochi giorni dopo tentava di aggredire il medesimo sindaco, lanciandogli contro un cartone di vino senza colpirlo, fatti questi ricondotti all'art. 336, 2° comma, c.p. che punisce la violenza o minaccia a pubblico ufficiale per costringerlo a compiere un atto del proprio ufficio, o comunque per influire su di esso; l'imputato aveva anche chiamato il pronto intervento '112' dicendo di volersi suicidare, e poi al personale del 118 arrivato a casa sua dichiarava di star bene e di non aver bisogno del loro intervento, fatti ricondotti alla fattispecie dell'art. 658 c.p., procurato allarme. Se ne possono trarre alcuni elementi: si tratta di una persona che ha probabilmente bisogno di un aiuto economico per poter mangiare, visto che cercava di ottenere buoni alimentari, e che soffre di un disagio mentale evidente, visto che minaccia il suicidio. E, come evidenziato in narrativa, è affetto da una dipendenza da alcool. Sembra più che altro una persona che ha bisogno di essere curata e di ricevere un sostegno sociale, più che di essere contenuta con una misura penale. È importante sottolineare questa caratteristica, che può apparire come un'analisi del fatto poco rilevante dal punto di vista della questione di diritto, ma come si dirà più avanti, ne costituisce un aspetto essenziale.

Il punto di fatto su cui l'ordinanza concentra la sua attenzione è la mancanza di un posto nelle REMS della Regione Lazio e la affermata impossibilità da parte del DAP di superare tale mancanza, ricoverando comunque in sovrannumero l'interessato nelle REMS di competenza, oppure in una REMS di un'altra Regione. Il DAP non ha possibilità di intervenire in quanto la 'lista d'attesa' per l'ingresso in REMS è gestita dalle regioni, nello specifico dal servizio sanitario, tramite l'utilizzo del Sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (SMOP), che ha la funzione di gestire il flusso dei dati relativi ai pazienti nelle diverse fasi della misura di sicurezza e di tracciare le

variazioni nella situazione d'internamento (trasferimento, esecuzione penale esterna con licenza finale di esperimento, libertà vigilata, dimissione).

In diritto, l'ordinanza ritiene si debba dubitare della costituzionalità di un sistema che non permette al Ministero della Giustizia, tramite l'intervento del DAP, di superare l'esclusiva competenza delle autorità sanitarie nell'attuazione concreta del ricovero in REMS. L'argomentazione del giudice *a quo* consta di due motivi.

Il primo motivo: il giudice sostiene che sarebbe stata violata la competenza del Ministero della Giustizia in merito all'organizzazione e funzionamento dei servizi della giustizia (art. 110 Cost.) da parte delle norme che attribuiscono l'esclusiva gestione sanitaria delle REMS al servizio sanitario. La natura penale delle misure di sicurezza (art. 25 Cost.) sarebbe invece determinante della conseguente doverosa attribuzione di tutti i compiti esecutivi al Ministero della Giustizia. La natura penale delle misure di sicurezza da eseguire in REMS, è messa in evidenza a partire dal loro obiettivo, che è ulteriore rispetto a quello di tutelare la salute del destinatario (obiettivo a cui invece è riconducibile per intero la disciplina del trattamento sanitario obbligatorio), comprendendo anche il contenimento della pericolosità sociale del medesimo, visto che "il presupposto per la limitazione della libertà personale è la commissione di un fatto costituente reato da parte di persona incapace di intendere e di volere per la quale sussiste il detto requisito della pericolosità sociale" (punto 28). Il giudice rimettente individua altresì nella tutela della vita e della incolumità personale di terzi diversi dalla persona sottoposta a misura, in base agli artt. 2 e 25 Cost., i beni costituzionalmente protetti che il contenimento della pericolosità sociale dovrebbe tutelare (punto 30). Argomentando ancora per differenza rispetto al TSO, il giudice *a quo* sottolinea che "l'Autorità giudiziaria ha la competenza esclusiva a disporre di propria iniziativa la misura di sicurezza detentiva, definitiva o provvisoria" (punto 28). Evidenzia poi come le relative disposizioni di esecuzione penale e di ordinamento penitenziario siano applicabili, e applicate, agli internati presso le REMS; presupposto della misura di sicurezza della REMS è, come per le altre misure di sicurezza, la pericolosità sociale come definita dall'art. 203 c.p.

Da queste considerazioni il giudice *a quo* trae la conclusione che l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva del ricovero in REMS "è sostanzialmente assimilabile all'esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale e va affidata



per gli aspetti materiali all'organo che sovrintende all'Amministrazione penitenziaria", ovvero al ministero della Giustizia, a cui in base all'art. 110 Cost. spettano l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Dunque, la natura essenzialmente penale della misura di sicurezza ne dovrebbe attribuire la competenza esecutiva all'Amministrazione penitenziaria. Invece, l'esclusione dell'Amministrazione penitenziaria dalla competenza esecutiva "discende", afferma ancora il giudice *a quo*

dall'esclusiva gestione sanitaria della struttura, dalla previsione solo di sicurezza perimetrale esterna delle dette REMS, con soppressione di ogni forma di presidio di sicurezza interna per gli stessi internati, per gli operatori e per eventuali visitatori, e con ordinaria destinazione delle REMS a soggetti provenienti dal territorio regionale delle medesime (punto 34).

Con il secondo motivo si sostiene che sarebbe stata violata la riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.) tramite l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza, e sarebbe quindi incostituzionale la previsione di legge che vi rinvia. L'atto a cui l'ordinanza fa riferimento è il decreto "di natura non regolamentare" (il DM 1° ottobre 2012) a cui la norma impugnata ha rinvio la definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture REMS, decreto qualificato dal giudice *a quo* come un atto di delegificazione adottato in violazione di riserva di legge in materia penale. Il motivo non è ulteriormente argomentato nell'ordinanza di rimessione.

### 3. Il superamento degli OPG e il sistema delle REMS

La chiusura delle strutture che ospitavano gli OPG è avvenuta tra il 2015 e il 2017. Le strutture erano sei: Castiglione delle Stiviere, Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Aversa, Napoli, Barcellona Pozzo di Gotto. Ma il percorso è stato costruito negli anni precedenti.

Dagli oltre 1400 internati presenti nel 2011, si era passati, attraverso dimissioni verso strutture o presa in carico sul territorio, e anche rientri in carcere, alla presenza di 623 uomini e 75 donne al 31 marzo 2015, termine ultimo fissato per la chiusura degli OPG. Il processo si

è concluso quasi due anni dopo con la chiusura dell'OPG di Montelupo Fiorentino nel febbraio 2017, e ha richiesto la nomina di un commissario *ad acta*.

La tutela della salute mentale è l'obiettivo e il filo conduttore del nuovo sistema per l'esecuzione delle misure di sicurezza, che si colloca a livello normativo nell'ambito della più ampia riforma della sanità penitenziaria, passata dalla gestione del Ministero della Giustizia a quella delle Regioni (competenti legislativamente in via concorrente ex art. 117 Cost., 3° co., salvo i principi fondamentali definiti con legge dello Stato) nella prospettiva di garantire ai detenuti un livello di tutela della salute equivalente a quello offerto alla popolazione non detenuta<sup>4</sup>. L'attuazione completa della riforma della sanità penitenziaria, realizzata con il DPCM 1° aprile 2008 (a cui aveva rinviato l'art. 2, comma 283, della Legge 244/2007), segna anche l'inizio del passaggio alle Regioni delle funzioni sanitarie afferenti agli OPG ubicati nel loro territorio, da esercitare attraverso le aziende sanitarie. L'Allegato C al DPCM dava, alle Regioni e all'Amministrazione penitenziaria, alcuni criteri guida per traghettare gli OPG alla nuova gestione regionale. Tra questi vi era il criterio per cui gli internati in OPG dovevano essere collocati il più vicino possibile al loro luogo di residenza (principio della territorialità), e indirizzati, per quanto possibile dal punto di vista medico, verso il reinserimento all'interno della società (principio della rieducazione)<sup>5</sup>. Le soluzioni adottabili dalle Regioni andavano dalle strutture OPG con livelli diversificati di vigilanza, a strutture di accoglienza e all'affido ai servizi psichiatrici e sociali territoriali, in ogni caso sotto la responsabilità del dipartimento di salute mentale di appartenenza della struttura.

Tuttavia, il passaggio decisivo verso la progettazione di strutture diverse è stato fatto sulla spinta dello scandalo creato dalle immagini del filmato realizzato dalla Commissione

---

<sup>4</sup> La legge delega 419/1998 sulla razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, dava l'indicazione (art. 5, co. 1) di riordinare la medicina penitenziaria, in modo da includerla all'interno del S.S.N. Il decreto delegato 230/1999 attuava la delega affermando il principio della parità nell'erogazione delle prestazioni sanitarie tra soggetti reclusi e soggetti liberi. Si prevedeva anche un calendario in tappe progressive per il trasferimento delle funzioni sanitarie alle Regioni.

<sup>5</sup> Si individuavano tre fasi operative successive. Prima: dimissione degli internati che avevano concluso la misura di sicurezza e trasferimento nelle carceri degli internati detenuti. Seconda, un anno dopo: costituzione di macro-bacini di utenza avvicinando gli internati alla zona di provenienza. Terza, due anni dopo: passaggio alla responsabilità delle Regioni per la presa in carico dei soggetti, con restituzione di ogni internato al suo territorio di provenienza.



del Senato sul funzionamento del servizio sanitario nazionale, presieduta da Ignazio Marino<sup>6</sup>, che mostravano le condizioni di vita inumane e degradanti degli internati: di conseguenza, tra il 2012 e il 2014, sono stati fatti passaggi normativi, finalizzati a chiudere gli OPG, e ad eliminare alcune delle storture più macroscopiche del sistema delle misure di sicurezza. Si è previsto un termine ultimo per il superamento definitivo degli OPG (1° febbraio 2013, poi 1° aprile 2014, infine 31 marzo 2015) stabilito dalla Legge 9 del 2012, di conversione del Decreto-Legge 211/2011, che all'art. 3-ter, ha dettato le “disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”. Su questo primo testo si sono inseriti, e aggiunti, modificandolo, due successivi interventi: il Decreto-Legge 24/2013 (convertito nella Legge 57/2013) e il Decreto-Legge 52/2014 (convertito nella Legge 81/2014), che dettano le disposizioni che costituiscono l’ossatura del sistema delle REMS<sup>7</sup>.

Si è trattato di una ‘rivoluzione gentile’, come l’ha definita Franco Corleone. Certamente una riforma non organica e che necessita ancora di aggiustamenti, ma sicuramente “una rivoluzione culturale e sociale”<sup>8</sup>, il cui orizzonte è ben chiaro: “il superamento definitivo di ogni logica e di ogni struttura che rimandi al manicomio, ovvero all’espulsione, al nascondimento, alla coazione e all’internamento del malato e della malattia”<sup>9</sup>. Le tappe di avvicinamento possono essere parziali, anche contraddittorie, è necessario prenderne atto e superarle, ma ciò che non si deve fare è tornare indietro “perché quello che abbiamo alle spalle lo conosciamo bene e lo abbiamo visto per decenni all’opera”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Commissione parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del servizio sanitario nazionale, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Doc. XXII-bis n. 4, consultabile al sito: [https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio\\_sanitario16/Relazione\\_OOPPGG\\_doc\\_XXII-bis\\_4.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf).

<sup>7</sup> Per una ricostruzione delle norme si vedano G. Melani (2015) “Dalla genesi all’attuazione: il non-finito processo di superamento degli OPG”, in Fondazione Giovanni Michelucci e Garante dei detenuti della Toscana (a cura di), *L’abolizione del manicomio criminale: tra utopia e realtà*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, pp. 71-82; S. Finazzo (2018) “Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza”, *Digesto discipline penalistiche, Aggiornamento*, X: 672-700.

<sup>8</sup> F. Corleone (2018) “La rivoluzione gentile. La fine degli OPG ed il cambiamento radicale”, in F. Corleone (a cura di), *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, numero monografico dei *Quaderni del Circolo Rosselli*, XXXVIII, 130(1): 11-17, in particolare p. 15.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.



Le REMS sono configurate come parti di un contesto più ampio, strutture che non operano da sole come faceva l'OPG, ma che sono inserite nella rete dei servizi psichiatrici territoriali, insieme ai quali hanno il compito di prendere in carico i soggetti destinatari delle misure di sicurezza. Tale collocazione delle REMS risponde all'obiettivo di tutela della salute mentale come formulato dalla Legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale che raccomanda l'inserimento dei "servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione, pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero e il reinserimento sociale dei disturbati psichici"<sup>11</sup>.

L'invio in REMS è previsto solo come *extrema ratio*, seguendo la strada indicata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 253/2003 (su cui si veda il paragrafo successivo), quando ogni altra misura sia ritenuta non idonea a contrastare la pericolosità sociale del soggetto<sup>12</sup>. Le REMS devono anche essere un luogo temporaneo, per la cura della fase più grave della patologia, non devono trasformarsi in cronicari: ogni paziente deve avere fin dal suo ingresso il piano terapeutico riabilitativo individuale (PTRI), costruito insieme al Dipartimento per la salute mentale sul territorio, con lo scopo di far sì che recuperi quanto più possibile le sue competenze ad abilità, nella prospettiva del reinserimento sociale<sup>13</sup>. Le nuove REMS non devono essere luoghi in cui si trascorrono 'ergastoli bianchi' come accadeva in OPG: si pone un limite al numero delle proroghe della misura di sicurezza detentiva (non più di quanto sarebbe durata la pena edittale massima prevista per il reato commesso)<sup>14</sup> e si impedisce di tener conto, come criterio di valutazione della pericolosità sociale, delle carenze di offerta terapeutica da parte dei servizi sul territorio, per porre fine alla prassi invalsa in costanza di OPG di dichiarare la persistenza della pericolosità sociale di una persona, non in base al suo percorso terapeutico, ma perché non vi erano strutture disposte ad accoglierla sul territorio<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Legge 833/1978 art. 2, co. 2, lett. g).

<sup>12</sup> Art. 3-ter, co. 4, DL 211/2011, conv. in L. 9/2012, come modificato dal DL 52/2014, conv. in L. 81/2014.

<sup>13</sup> Art. 3-ter, co. 5 e 6, DL 211/2011, conv. in L. 9/2012, come modificato dal DL 24/2013, conv. in L. 57/2013.

<sup>14</sup> Art. 1, co. 1-quarter, DL 52/2014, conv. in L. 81/2014.

<sup>15</sup> Art. 3-ter, co. 4, DL 211/2011, conv. in L. 9/2012, come modificato dal DL 52/2014, conv. in L. 81/2014. Su tale ultima disposizione si è già espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 186/2015, dichiarando non fondata la questione di costituzionalità in relazione a numerosi articoli (1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117): la Corte afferma che la norma "non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive". Su cui si veda A.



Come si è detto, la riforma che ha dato vita alle REMS è stata una riforma dettata dall'urgenza di intervenire rispetto alla grave situazione dei diritti della persona emersa dall'indagine sugli OPG, e caratterizzata da asistematicità e incompletezza. Una riforma 'a metà del guado', che ha ancora dei passi da fare, ma rispetto ai cui traguardi non si deve arretrare<sup>16</sup>. Tra i nodi irrisolti vi è quello fondamentale della disciplina generale delle misure di sicurezza, non avendo la riforma toccato l'impianto del Codice penale, né nella forma, né nella sostanza. Ma vi sono anche nodi più specifici riguardanti l'attuazione della riforma, tra cui la mancanza di disposizioni generali in materia di REMS, che disciplinino in modo specifico lo status giuridico delle persone ivi inserite: a queste infatti si applica l'Ordinamento penitenziario, poiché nessuna modifica è stata introdotta alla loro posizione giuridica, ma tale normativa, pensata per istituzioni penitenziarie, non sempre è compatibile con strutture ad esclusiva gestione sanitaria e con le esigenze di pazienti psichiatriche; così, in via interpretativa, molte norme sono comunque applicabili, come quelle sui rapporti con la magistratura di sorveglianza (art. 35-bis, 35-ter, 69) e quelle che consentono l'accesso all'area penale esterna: il lavoro all'esterno (art. 21), i permessi di cui all'art. 30, le licenze (art. 53), la semilibertà (art. 48); così come in materia di diritti, si applicano le disposizioni del Capo II (condizioni generali), adeguandole alle specifiche esigenze terapeutiche della persona. Invece, si presentano incompatibili con la gestione sanitaria il regime di sorveglianza particolare e le norme disciplinari<sup>17</sup>. L'individuazione della disciplina applicabile ai ricoverati dovrebbe però essere regolata dal legislatore, perché lo status giuridico definisce i diritti e le garanzie dei pazienti ricoverati, che non devono essere ridotti rispetto a quelli applicabili in precedenza a seguito del passaggio dalla gestione penitenziaria a quella sanitaria<sup>18</sup>.

Il DM 1° ottobre 2012, ha stabilito i requisiti "strutturali, tecnologici e organizzativi" delle REMS in base ai criteri indicati dall'art. 3-ter, co. 3, del DL 211/2011, conv. in L.

---

Pugiotto (2015) "La 'giurisprudenza difensiva' in materia di Ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della Corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 4: 1432-1443.

<sup>16</sup> Si veda M. Pelissero (2020) "Misure di sicurezza e REMS: una disciplina a metà del guado", in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 79-101.

<sup>17</sup> *Ivi*, pp. 96-97.

<sup>18</sup> *Ibidem*.



9/2012, ovvero: esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture, attività di sicurezza perimetrale e destinazione delle strutture a soggetti provenienti, di norma, dal territorio in cui le strutture sono ubicate. Il DM ha dettato requisiti aggiuntivi rispetto a quelli già previsti in via generale per le strutture sanitarie dal DPR 14 gennaio 1997<sup>19</sup>, e minimi (ogni Regione può fare di più), specifici per le attività sanitarie che devono essere svolte nelle REMS. Tra questi vi è l'indicazione che la struttura abbia un massimo di 20 posti e che sia articolata in camere di una-due persone, non superando comunque i quattro ospiti in casi particolari. Devono essere presenti spazi per le attività in comune e sistemi di sicurezza adeguati, sistemi di chiusura delle porte interne ed esterne, sistemi di allarme, telecamere. Tra i requisiti organizzativi si dà indicazione che il personale sia strutturato in équipe multidisciplinare, formata da medici psichiatri, psicologi, infermieri, terapisti della riabilitazione psichiatrica/educatori, OSS, con una dotazione minima. La responsabilità della gestione all'interno della struttura è assunta da un medico dirigente psichiatra. L'organizzazione del lavoro deve fondarsi sui principi del governo clinico (*governance* clinico-assistenziale), impegnandosi per il miglioramento continuo della qualità dei servizi e del raggiungimento di standard assistenziali elevati. Strumenti di tale governo sono l'adozione di linee guida professionali e la definizione di percorsi assistenziali, in base ai quali sono adottate procedure scritte di consenso professionale almeno per una serie di tematiche cruciali come, per es., le modalità di accoglienza del paziente, la definizione del programma individualizzato, la valutazione clinica e del funzionamento psico-sociale, le modalità di raccordo con gli altri servizi del DSM e con le forze dell'ordine.

In sintesi: i criteri di organizzazione delle REMS sono definiti dalla legge, in modo generale, mentre il DM indica standard sanitari minimi a cui le strutture devono rispondere.

Le REMS sono state pensate per assicurare standard di alta qualità, modellate sull'esperienza dei servizi di salute mentale di comunità e seguendo l'eredità culturale del movimento contro l'istituzionalizzazione<sup>20</sup>. Nelle REMS si segue il modello terapeutico della

---

<sup>19</sup> Cfr. DPR 14 gennaio 1997, "Atto d'indirizzo e coordinamento alle Regioni in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private".

<sup>20</sup> Si veda C. Di Lorito, L. Castelletti, I. Lega, B. Gualco, F. Scarpa, B. Völlm (2017) "The closing of forensic psychiatric hospitals in Italy: Determinants, current status and future perspectives. A scoping review", *International Journal of Law and Psychiatry*, 55: 54-63.



*recovery*, sono scoraggiate le pratiche contenitive e incentivate le attività comunitarie, sia interne alla struttura, sia esterne<sup>21</sup>. Si tratta di un sistema rivoluzionario nella cura dei pazienti autori di reato, un modello pionieristico, che è fondato sull'idea dei riformatori che riducendo le pratiche costrittive al minimo la ripresa dei pazienti può essere più facilmente raggiunta<sup>22</sup>. Si è costruito un modello originale e molto complesso, certamente non definitivo ma in evoluzione grazie al superamento delle sue contraddizioni<sup>23</sup>. Tra cui quella tra cura e custodia diviene chiara nel momento in cui, anche per gli autori di reato, si applicano i principi in materia di salute, primo tra tutti quello fondamentale del consenso e della partecipazione attiva alla cura da parte del paziente e del porsi in una relazione profonda da parte del medico psichiatra per “entrare nel mondo del possibile cambiamento dell'altro e di sé”<sup>24</sup>, condizioni possibili solo in un contesto di libertà e che spingono quindi per un superamento degli aspetti custodiali, che tuttora le REMS conservano.

L'impiego di personale nelle REMS è elevato, con un rapporto personale/posti letto di 1,5, non dissimile da quello presente negli SPDC della Regione Emilia-Romagna, e le diverse professionalità risultano, in base alla ricerca svolta dall'Osservatorio sul superamento degli OPG e sulle REMS e dal Coordinamento REMS-DSM<sup>25</sup>, così distribuite: medici psichiatri 8,4%, psicologi 3,9%, infermieri 42,1%, OSS 27,2%, educatori/TRP 6,4%, assistenti sociali 3,1% e vigilanti 8,9%.

Il principio di territorialità, oltre ad essere necessario alla presa in carico socio-sanitaria, che appunto deve avvenire da parte dei servizi sul territorio e non in strutture ospedaliere, se non nei casi di necessità, è anche principio funzionale al reinserimento sociale visto che in concreto tale reinserimento potrà essere facilitato dai servizi sociali nonché dalle relazioni parentali e amicali presenti sul territorio di provenienza. Le REMS risultano inserite

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 60 ss.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 62.

<sup>23</sup> Si veda P. Pellegrini (2019) “Quale futuro per una ‘rivoluzione gentile’?”, in F. Corleone (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, pp. 43-68, in particolare p. 64.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 51.

<sup>25</sup> Si veda S. Cecconi, P. Pellegrini (2019) “Osservatorio sulle REMS: primo report”, in F. Corleone (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, cit., p. 71 ss.: la ricerca è stata svolta nell'aprile 2019 tramite l'invio di questionari alle 31 REMS esistenti al tempo, delle quali 24 hanno risposto, campione che rappresenta il 77% delle REMS e corrisponde a strutture che ospitano 546 utenti sul totale di 641, quindi circa l'85,2% del totale dei posti disponibili.



in una rete di altri servizi sul territorio, con significativi e strutturati collegamenti con DSM, UEPE, magistratura e sono molto diffusi i protocolli tra magistratura, Asl, DSM, regione finalizzati alla gestione delle misure di sicurezza<sup>26</sup>. Il principio di territorialità è ampiamente condiviso dai responsabili delle strutture, e negli anni i pazienti ‘fuori regione’ sono man mano diminuiti (a settembre 2017 erano 15 su 604)<sup>27</sup>.

Per evidenziare alcune modalità di funzionamento delle REMS è utile guardare ai dati quantitativi.

Le REMS sul territorio italiano erano 30 a giugno del 2018 e ospitavano 622 pazienti (di cui 62 donne), con una capienza di 641 posti<sup>28</sup>. Dei 622 presenti: 283 erano in misura definitiva, 233 in misura provvisoria, mentre 4 avevano un mix di misure. Dati che rendono chiaro quanto incidano sul totale dei presenti i provvedimenti dei Gip, che emettono le misure provvisorie. Il flusso degli ingressi e delle uscite testimonia un alto avvicendamento: si ha un totale di 1137 persone transitate dalle REMS dal momento della loro apertura al giugno 2018, delle quali più della metà (esattamente 672) sono state dimesse, tanto da poter affermare che “le REMS sono delle strutture tendenzialmente aperte e, contrariamente agli OPG, non prevedono una presenza senza fine”<sup>29</sup>. In base ai dati forniti dal DAP, alla data del 26 giugno 2018 risultavano in attesa di ricovero 468 persone, delle quali 57 si trovavano ristrette in istituti penitenziari<sup>30</sup>.

I dati presentati dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale<sup>31</sup> e riferiti al 15 aprile 2020 vedono la presenza di 31 REMS sul territorio nazionale, 2 delle quali al momento della rilevazione erano però chiuse: la struttura di Aurisina (TS) per ristrutturazione, quella di Rieti (RI) ancora inattiva<sup>32</sup>. Le presenze al 15 aprile 2020 erano in

---

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 74.

<sup>27</sup> E. Tavormina (2018) “Report sullo stato delle REMS”, in F. Corleone (a cura di), *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, cit., pp. 19-29, in particolare p. 20.

<sup>28</sup> Si veda E. Tavormina (2018) “Il quadro delle Rems in Italia e la fotografia di Volterra”, in F. Corleone (a cura di), *Mai più manicomi*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, pp. 27-47, in particolare p. 31.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 33.

<sup>31</sup> Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (2020) *Relazione al Parlamento 2020*, Parte II, Tab. 4.9. p. 241, consultabile al sito: [https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pub\\_rel\\_par.page](https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pub_rel_par.page).

<sup>32</sup> Ad oggi si può aggiungere la REMS di Empoli, aperta in Toscana nell’agosto di quest’anno, che può ospitare al momento 9 pazienti, che aumenteranno a 20 una volta conclusi i lavori.



totale 609, e rispetto alle 623 presenze della data di inizio del monitoraggio, 1° febbraio 2020, vi sono stati 13 ingressi e 26 dimissioni. Al 31 gennaio 2020 nelle 29 REMS attive risultano presenti 616 persone di cui 71 donne (11,5%). Le posizioni giuridiche dei presenti in REMS erano così ripartite: 347 misure definitive (di cui 257 OPG e 90 CCC), 253 provvisorie, 16 casi di sospensione o di trasformazione della misura di sicurezza ex art. 212 c.p.). Le misure provvisorie rappresentano il 41% degli ospiti delle REMS. I numeri delle persone in attesa di esecuzione della misura sono rilevati all'11 febbraio 2020: in totale 714 in attesa, dei quali 63 in carcere. Dei presenti in carcere è rilevato anche il tipo di misura applicata: 11 definitivi e 52 provvisori. Dati che descrivono bene il fenomeno del largo uso della misura da parte dei Gip.

La permanenza in REMS non è lunga: il Garante nazionale riporta le degenze medie degli ultimi anni, calcolate in giorni: 312 nel 2017, 341 nel 2018, 358 nel 2019<sup>33</sup>. Già il Commissario per la chiusura degli OPG aveva mostrato come nelle REMS la permanenza non fosse molto lunga, registrando ben 506 dimissioni già ad agosto 2016<sup>34</sup>. Evelin Tavormina sottolinea questo dato, insieme a quello, altrettanto importante, del numero irrisorio dei reingressi, tanto da indurre a ritenere che “il sistema stia rispondendo alle aspettative e che il lavoro svolto dagli operatori delle REMS, in stretta collaborazione con i servizi territoriali, stia dando dei risultati molto soddisfacenti”<sup>35</sup>. Anche la ricerca condotta dall'Osservatorio sulle REMS fa emergere il dato del buon funzionamento delle strutture in termini di uscite e scarsi reingressi: dalla loro apertura (che varia da struttura a struttura e che va dal 01/04/2015 al 11/03/2019) al momento della rilevazione (marzo 2019) sono transitate per le REMS 1580 persone, mentre le persone dimesse sono state 1029 (cioè il 65,1% di quelle transitate). I reingressi totali sono stati 51 (pari al 3,2% dei transitati)<sup>36</sup>. Anche i pazienti provenienti dagli OPG sono rimasti, a quattro anni dall'apertura delle REMS, solo il 10,1%, un dato importante, che indica come la riforma possa funzionare<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> *Ivi*, Tab. 4.4. p. 237.

<sup>34</sup> F. Corleone (2016) *Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 19 febbraio 2016 - 19 agosto 2016, consultabile al sito: <https://www.penale.contemporaneo.it/upload/Relazione%20Semestrale.pdf>.

<sup>35</sup> E. Tavormina (2018), cit., p. 28.

<sup>36</sup> S. Cecconi, P. Pellegrini (2019), cit., p. 72.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 77.



#### 4. Giurisprudenza e *soft law*: salute e valore dell'esclusiva gestione sanitaria

Dai primi anni 2000 la giurisprudenza della Corte Costituzionale è intervenuta sulla natura delle misure di sicurezza per non imputabili, dandone una lettura che mette al centro la finalità di tutela della salute (ci si riferisce alle note sentenze nn. 253/2003, 367/2004 e 208/2009). Si è trattato di una svolta nel modo di interpretare la funzione delle misure di sicurezza, che è stata il riferimento di principio dei successivi mutamenti normativi: la Corte ha affermato il valore terapeutico delle misure di sicurezza per infermi di mente, sia di quelle definitive che di quelle provvisorie, che non devono essere più intese come rivolte prevalentemente a garantire la sicurezza, ma piuttosto la salute della persona a cui sono applicate, nel necessario bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti.

Con la sentenza n. 253/2003<sup>38</sup> la Corte ha giudicato sulla legittimità costituzionale dell'art. 222 del Codice penale, in relazione agli artt. 3 e 32 Cost. e ha ribadito (cfr. sentenza 139/1982) che le misure di sicurezza nei confronti dell'infermo di mente si muovono tra le due polarità della cura e tutela dell'infermo, da un lato, e del contenimento della sua pericolosità, dall'altro, rispondendo a entrambe le finalità. A partire da tale interpretazione ha affermato l'incostituzionalità del rigido automatismo che imponeva al giudice di applicare la misura dell'OPG anche quando una misura meno segregante, come la libertà vigilata, potesse soddisfare le esigenze di cura e di sicurezza<sup>39</sup>. A fondamento del ragionamento la Corte ha posto il principio, già affermato nella sua precedente giurisprudenza (sentenze nn. 307/1990, 258/1994, 118/1996, sulle misure sanitarie obbligatorie a tutela della salute pubblica), secondo il quale "le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare

---

<sup>38</sup> M.T. Collica (2004) "Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso", *Diritto penale e processo*, 3: 300-307; M. Pelissero (2012) "Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi", *Diritto penale e processo*, 8: 1017-1026.

<sup>39</sup> C. Cost. n. 253/2003: "anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica), 'idonee ad evitare l'occasione di nuovi reati' (art. 228, secondo comma, c.p.), appaia capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale" ( punto 3, considerato in diritto).



misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente”(punto 2, considerato in diritto)<sup>40</sup>.

L’argomentazione centrale già aveva trovato espressione nella richiamata sentenza 139/1982, con la quale la Corte aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 222, primo comma, 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, del Codice penale, in quanto non subordinavano l’esecuzione della misura del ricovero in OPG all’accertamento della sussistenza della pericolosità sociale al tempo in cui la misura deve essere applicata: la Corte ha così reso obbligatorio tale accertamento ed eliminato l’automaticità del ricovero in OPG. La decisione 139/1982 colloca se stessa nel solco della precedente giurisprudenza, in particolare rappresenta una tappa ulteriore del percorso di smantellamento delle preclusioni legali, che con la precedente n. 110/74, aveva già superato la durata delle misure di sicurezza in termini rigidi aprendo alla possibilità della revoca anticipata. La sentenza n. 139/1982, facendo un successivo passo, prevede di effettuare tale accertamento prima di tutto al momento in cui la misura deve essere applicata<sup>41</sup>. In un passaggio precedente della medesima sentenza, la Corte nel giustificare l’obbligatoria applicazione della misura dell’OPG quando venga rilevata la pericolosità sociale, ovvero quando vi sia malattia psichiatrica (visto che le due valutazioni non vengono disgiunte) si sofferma sulla natura di tale misura, che inscindibilmente collega la dimensione di sicurezza e quella terapeutica<sup>42</sup>. Di più non dice la Corte. E infatti la sentenza ha evitato il problema centrale che era stato posto, ovvero l’indagine sul nesso necessario tra malattia mentale e pericolosità<sup>43</sup>. Ma, seppur carente su questo punto centrale,

<sup>40</sup> C. Cost. n. 253/2003: principio da cui deriva che “ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell’infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze” di tutela della collettività (punto 2, considerato in diritto).

<sup>41</sup> C. Cost. n. 139/1982: “il potere di apprezzamento concreto del giudice, che la presente pronuncia ritiene necessario ad evitare ingiustificati livellamenti di situazioni diverse, non è altro se non il potere di non internare in ospedale psichiatrico giudiziario soggetti che, in considerazione del loro attuale stato di salute, avrebbero il diritto di ottenere immediatamente la revoca c.d. anticipata” (punto 9, considerato in diritto).

<sup>42</sup> C. Cost. n. 139/1982: “presupposti e definizione dell’istituto pongono così in risalto - e inscindibilmente collegano - dimensione di “sicurezza” e dimensione terapeutica; il che è necessario a legittimare la misura, sia di fronte alla finalità di prevenzione speciale, “riabilitativa”, propria in genere delle misure di sicurezza (sentenza n. 68 del 1967) sia di fronte al principio, anche esso costituzionale, di tutela della salute (art. 32 Cost.)” (punto 6, considerato in diritto).

<sup>43</sup> G. Vassalli, (1982) “A prima lettura. L’abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell’ago”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, 1: 1202-1230.



la sentenza 139 ha posto le basi per la considerazione della presenza imprescindibile della finalità di tutela della salute nell'applicazione della misura di sicurezza, tanto che se la persona, invece che un vantaggio ricevesse un danno per la propria salute dall'applicazione della misura questa non dovrebbe essere applicata. Vero è che, per le condizioni materiali in cui si trovavano gli OPG nessuna misura si sarebbe potuta immaginare utile alla salute di nessuno, ma la Corte su questo punto, essendo di fatto e non di diritto, ha rinviato più volte all'intervento del legislatore (oltre alla 139/1982, si ricordano tra le altre le sentenze 111/1996 e 228/1999).

Il nucleo argomentativo che pone la funzione di cura come imprescindibile requisito della misura di sicurezza è utilizzato dalla Corte anche in altre sentenze riguardanti misure sanitarie obbligatorie di salute pubblica (sentenze 307/1990, 258/1994, 118/1996, tutte sulle vaccinazioni) che ribadiscono il principio per cui la tutela della salute dell'individuo destinatario di un trattamento sanitario deve essere sempre un fine, anche quando è, contemporaneamente, un mezzo. Con la sentenza 307/1990, sulla vaccinazione obbligatoria antipolio la Corte riconosce la necessità di un equo indennizzo dei danni da vaccinazione, in quanto in nome della tutela della salute collettiva non si può chiedere il sacrificio (gratuito) della salute individuale<sup>44</sup>. Con la sentenza 258/1994 la Corte afferma lo stesso principio e, pur dichiarando inammissibile la questione (relativa alla necessità di predisporre indagini mediche preventive prima di sottoporre una persona a vaccinazione) invitava il legislatore a prevedere tutte le possibili cautele per evitare rischi di complicazioni. Infine, la sentenza 118/1996, giudicando sulla decorrenza dell'indennizzo previsto dalla Legge n. 210/1992 sui danni da vaccinazione tratta delle due dimensioni della salute individuale e della salute

---

<sup>44</sup> C. Cost. 307/1990: “un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili. Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri. [...] In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito” (punto 2, considerato in diritto).



collettiva, entrambe presenti nell'art. 32 Cost. La Corte ammette, da un lato, che vi siano situazioni descrivibili come 'scelte tragiche' in cui alcuni soffrono tutti i danni e il resto della collettività tutti i vantaggi<sup>45</sup>. Ma ribadisce, dall'altro, il principio che la salute individuale non può essere semplicemente un mezzo per scopi collettivi<sup>46</sup>.

Su tale precedente riflessione fa perno la Corte, nella sentenza 253/2003, arrivando alla conclusione che la misura dell'OPG debba essere applicata solo se non ve ne sono altre adeguate meno restrittive. Essa sottolinea, ancora una volta, l'inerzia del legislatore e la necessità di un ripensamento dell'intero sistema delle misure di sicurezza, concludendo che nell'ambito del sistema vigente il giudice debba poter adottare la misura che appaia idonea, in concreto, a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona, da un lato, di controllo e contenimento della sua pericolosità sociale dall'altro lato. Le sentenze nn. 367/2004 e 208/2009, hanno confermato la stessa prospettiva di principio e hanno ribadito identica interpretazione riguardo, rispettivamente, alle misure di sicurezza provvisorie (art. 206 c.p.) e alla misura della casa di cura e custodia (art. 219 c.p.).

In questa giurisprudenza si trova enunciato il principio di *extrema ratio* delle misure di sicurezza detentive, che è stato poi introdotto per via legislativa dall'art. 3-ter sopra esaminato. Vi si trova altresì il nucleo del principio di diritto che dà senso a tutta la riforma successiva, ovvero che la salute della persona non può mai essere subordinata alle esigenze di tutela della collettività. Salute del singolo e sicurezza collettiva sono interessi che devono essere bilanciati nell'adozione delle misure di sicurezza, ma quando si decide per l'adozione della misura deve essere sempre presente anche l'interesse alla tutela della salute del singolo sottoposto alla misura. La finalità special-preventiva delle misure di sicurezza, con la

<sup>45</sup> C. Cost. 118/1996: "la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate 'scelte tragiche' del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri" (punto 4, considerato in diritto).

<sup>46</sup> C. Cost. 118/1996: "Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri. La coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno" (punto 5, considerato in diritto).



sentenza 253/2003, sembra cedere, almeno in parte, davanti alle finalità del reinserimento sociale e della salute dell'individuo.

Successivamente alla riforma la Corte Costituzionale è tornata sulla questione della salute mentale delle persone sottoposte a misura penale, nel caso specifico detenute, grazie alla Corte di Cassazione<sup>47</sup>, che ha proposto questione di legittimità costituzionale delle norme riguardanti la cosiddetta detenzione domiciliare 'umanitaria' o 'in deroga' (ovvero di quelle norme che permettono alle persone detenute affette da patologie fisiche di accedere alla detenzione domiciliare in luoghi di cura, di cui agli artt. 146-147 c.p. e art. 47-ter, co. 1-ter O.P.), in relazione alla loro applicabilità ai soggetti detenuti con patologia psichiatrica sopravvenuta, e alla luce della disciplina riguardante la patologia psichiatrica (art. 148 c.p.), come ricostruita dopo l'intervento delle Leggi 9/2012 e 81/2014 sul superamento degli OPG.

La Corte di Cassazione, analizzando l'impatto della riforma sulle norme in esame, ricostruisce tale disciplina come caratterizzata da un vuoto normativo, derivante dall'abrogazione tacita dell'art. 148 c.p. ad opera della Legge del 2014, che avendo stabilito la chiusura degli OPG, destinato le REMS all'esecuzione delle misure di sicurezza, e non avendo fatto parola dei detenuti con patologia psichiatrica sopravvenuta, avrebbe reso inapplicabile l'art. 148. Tale abrogazione si traduce in un vuoto di tutela per il detenuto con patologia psichiatrica che, contrariamente al detenuto con patologia fisica, non può accedere alla sospensione della pena e alla detenzione domiciliare in luogo di cura. I principi e le norme chiamati in causa sono gli artt. 2, 3, 27 e 32 della Costituzione: la dignità della persona, l'uguaglianza, il divieto di pene contrarie al senso di umanità e il principio della rieducazione, nonché il diritto alla salute. Anche l'art. 3 della Convenzione EDU, che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, è richiamato per il tramite dell'art. 117 Costituzione.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 99/2019<sup>48</sup>, ha giudicato fondato il ricorso ed accolto la ricostruzione normativa proposta dalla Corte di Cassazione; ha altresì avuto modo

---

<sup>47</sup> Corte di Cassazione, sezione I, n. 13382/2018, data udienza 23/11/2017.

<sup>48</sup> Su cui si vedano: M. Ruotolo (2019) "Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il 'reo folle'", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2: 1103-1111; M. Bortolato (2019) "La sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere", *Cassazione Penale*, 9: 3152-3162; M. Pelissero (2019) "Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del



di esprimersi sul valore complessivo della riforma. Ha affermato che l'art. 148, primo comma, c.p. non è più applicabile perché superato da riforme legislative che lo hanno svuotato di contenuto precettivo. Pur non essendo stata formalmente abrogata, tutti gli istituti a cui rinvia la disposizione dell'art. 148 sono scomparsi, eliminati dalle riforme legislative mosse da un nuovo approccio alla malattia mentale, sintetizzabile nel passaggio dalla mera custodia alla terapia<sup>49</sup>.

Il ragionamento della Corte Costituzionale ruota attorno alla tutela del diritto alla salute in condizioni di detenzione, ambito in cui viene in rilievo l'effettività delle garanzie costituzionali di persone che oltre a trovarsi in uno stato di privazione della libertà personale, sono anche gravemente malate e versano dunque "in una condizione di duplice vulnerabilità" (punto 2.1. considerato in diritto). In caso di gravi condizioni di salute, che rendono necessaria l'uscita dal carcere, non garantirla sarebbe una violazione del diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost<sup>50</sup>. Spetta al giudice contemperare nel caso specifico le esigenze di salute e sicurezza, graduando le prescrizioni della detenzione 'in deroga' (punto 5.3. considerato in diritto).

La Corte si sofferma sulle REMS, confermandone le caratteristiche fondanti: sono dedicate solo all'esecuzione delle misure di sicurezza, sono istituite "su base regionale e a esclusiva gestione sanitaria" e "non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione" (punto 3.2. considerato in diritto). Esclude quindi che in REMS possano essere mandati i detenuti con patologia psichiatrica, la cui condizione deve essere affrontata in base al principio di diritto per cui la tutela della salute comprende, oltre a quella fisica, la salute psichica<sup>51</sup>.

---

silenzio del legislatore", *Diritto Penale e Processo*, 9: 1261-1270; A. Menghini (2020) "La grave infermità psichica sopravvenuta. La consulta supplisce all'inerzia del legislatore", in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), cit., pp. 191-207.

<sup>49</sup> C. Cost. 99/2019: "in virtù di riforme legislative che riflettono un cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale, che può riassumersi nel passaggio dalla mera custodia alla terapia (ad esempio, in tal senso, il parere del Comitato nazionale per la bioetica, «Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere», del 22 marzo 2019)" (punto 3.1. considerato in diritto).

<sup>50</sup> C. Cost. 99/2019: "la sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate, sì da determinare, nei casi estremi, una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale" (punto 4.1. considerato in diritto).

<sup>51</sup> C. Cost. 99/2019: "la malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost., di cui ogni persona è titolare, deve intendersi



Il cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale ‘dalla custodia alla cura’, si trova al cuore delle riforme legislative che hanno portato al superamento degli OPG, e prima dei manicomi civili con la Legge Basaglia, così ricostruisce in modo sintetico ed efficace la Corte, rinviando al Parere del CNB “Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere” del 22 marzo 2019. In questo atto, di poco precedente alla pubblicazione della sentenza della Corte, il Comitato Nazionale di Bioetica sottolinea la grande importanza del mutamento in atto, e come il cambio di paradigma nell’ambito della salute mentale (dal paradigma custodialista, fondato sulla pericolosità a sé e agli altri della persona affetta da disturbo psichiatrico, al paradigma terapeutico) sia più arduo nel caso di soggetti autori di reato. La riforma che ha portato al superamento degli OPG deve essere completata prevedendo anche una tutela adeguata per i soggetti detenuti con patologia psichiatrica, che è la più diffusa in carcere<sup>52</sup>. Tuttavia, non si dovrebbe pensare alla salute in carcere solo come prestazione dei giusti farmaci e trattamenti sanitari, ma come promozione complessiva dell’equilibrio psico-fisico, come partecipazione attiva del detenuto alla relazione di cura, aiutato da condizioni di detenzione almeno decenti e da relazioni familiari e affettive che possano proseguire anche in ambito detentivo. Il Comitato Nazionale di Bioetica tocca anche la questione del doppio binario imputabilità-non imputabilità e avanza riserve riguardo al nesso tra malattia e reato che sta alla sua base, perché considera la malattia e non il singolo individuo come causa del reato, impedendo una rielaborazione e un’uscita da tale condizione patologica<sup>53</sup>.

Al tema della centralità della tutela della salute nell’applicazione delle misure di sicurezza e dell’eguale tutela della salute fisica e mentale per le persone recluse, affette dalla duplice vulnerabilità della malattia e della privazione della libertà, si affianca quello della

---

come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica, alla quale l’ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela (tra le molte, sentenze n. 169 del 2017, n. 162 del 2014, n. 251 del 2008, n. 359 del 2003, n. 282 del 2002 e n. 167 del 1999), anche con adeguati mezzi per garantirne l’effettività” (punto 4.1. considerato in diritto).

<sup>52</sup> Come emerge dai risultati dello studio condotto a livello nazionale dall’Agenzia Regionale di Sanità (ARS) della Toscana in collaborazione col Ministero della Salute (2015) “La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico”, *Documenti dell’Agenzia Nazionale di Sanità della Toscana*, n. 83.

<sup>53</sup> CNB (2019) *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, parere del 22 marzo 2019, p. 9: “rifiutare il presunto automatismo naturalistico e deterministico fra malattia e reato, restituendo al malato la sua individualità e responsabilità, e dunque la possibilità di rielaborare una parte importante del proprio vissuto legata al reato”.



gestione esclusivamente sanitaria delle REMS, che la Corte costituzionale ricorda nella sentenza 99/2019 (punto 3.2. considerato in diritto).

La gestione esclusivamente sanitaria dei presidi medici interni agli istituti penitenziari, è stata analizzata in alcuni atti di *soft law* che hanno contribuito a delineare lo spessore del diritto alla salute in ambito penitenziario. Il rapporto *Health in Prisons* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità<sup>54</sup>, ha indicato, tra i punti essenziali per la tutela della salute in carcere il principio di gestione comune dei servizi sanitari interni ed esterni al carcere, poiché la gestione separata crea numerosi problemi, come difficoltà nel reclutamento del personale, educazione e formazione continua inadeguate. L'OMS raccomanda quindi che i servizi sanitari penitenziari lavorino accanto a quelli esterni, in modo da fornire lo stesso standard di cura, e ricorda la Dichiarazione di Mosca sulla sanità penitenziaria come parte della salute pubblica<sup>55</sup>, in base alla quale il ministro responsabile per la sanità penitenziaria dovrebbe essere quello responsabile della sanità pubblica<sup>56</sup>. La gestione dei presidi sanitari interni ed esterni dovrebbe essere unica, con mobilità e passaggio di personale e competenze nelle due direzioni: dalla comunità esterna al mondo carcerario e viceversa, come mezzo per avere uno staff aggiornato professionalmente e integrato nella comunità scientifica di riferimento, nonché per mantenere maggior indipendenza di giudizio e di comportamento nei confronti dello staff penitenziario. Caratteristiche queste che sono indicate come funzionali all'affermazione del principio generale su cui la salute in carcere deve fondarsi, ovvero l'equivalenza dello standard di cura tra interno ed esterno del carcere<sup>57</sup>.

Come elemento essenziale per la garanzia del diritto alla salute delle persone recluse si raccomanda dunque una caratteristica organizzativa del servizio sanitario penitenziario: la gestione sanitaria e il personale medico devono essere gli stessi di quelli del mondo libero.

In tale direzione è andata la riforma della sanità penitenziaria, in armonia con le raccomandazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e del Consiglio

<sup>54</sup> WHO (2007) *Health in Prisons. A WHO guide to the essentials in prison health*, WHO, Geneva.

<sup>55</sup> WHO (2003) *Moscow Declaration on Prison Health as a Part of Public Health*, WHO Regional Office for Europe, Geneva.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 2.

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 7 ss.



d'Europa<sup>58</sup>, e ha aperto la strada per riportare il mondo carcerario nel mondo esterno. I servizi sanitari sono oggi organizzati e gestiti all'interno degli istituti penitenziari dalle aziende sanitarie regionali, con personale assunto dalle medesime e secondo la programmazione regionale. Nello stesso modo le REMS sono organizzate e gestite dalle Regioni, nonché inserite nella rete dei servizi psichiatrici sul territorio. La ragione di questa scelta non è puramente pratico-gestionale, ma è consequenziale alla considerazione delle persone private della libertà su un piano di parità con le persone libere in relazione ai loro diritti fondamentali, tra i quali la salute occupa un posto centrale.

Tale riforma è stata esaminata dal parere CNB “La salute “dentro le mura”” del 27 settembre 2013 che ne ha sottolineato l'importanza perché apre le porte del carcere all'istituzione sanitaria “il cui mandato primo e unico è la promozione della salute della persona e la sua tutela come paziente”<sup>59</sup>: di fronte alle esigenze di sicurezza, rappresentate dalle istituzioni giudiziarie e penitenziarie, le Asl dovrebbero poter rappresentare gli interessi della persona detenuta, tanto più se malata, alla tutela del proprio diritto alla salute. Inoltre, il fatto che il personale sanitario si trovi ora alle dipendenze delle Asl e non più dell'Amministrazione penitenziaria rappresenta una garanzia di autonomia per i medici, che possono essere più liberi di porsi “dalla parte del paziente”<sup>60</sup>.

Nel percorso fin qui tracciato sono stati messi in luce diversi aspetti del diritto alla salute in condizione di privazione della libertà, differenti ma intimamente legati e complementari, che sono parti del comune movimento, verso un maggiore spazio per i diritti della persona reclusa, nella prospettiva che la sfera di libertà di ognuno sia compressa non più di quanto necessario all'esecuzione della pena<sup>61</sup>. Decisioni della Corte Costituzionale, atti

---

<sup>58</sup> European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1993), *3<sup>rd</sup> General report on the CPT's activities, covering the period 1 January to 31 December 1992*, Strasburgo 4 giugno 1993, punti 38-40; Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (1998) *Raccomandazione n. R(98)7 sugli aspetti etici e organizzativi della salute in carcere*, punti 10-11.

<sup>59</sup> CNB (2013) “La salute “dentro le mura””, parere del 27 settembre 2013, p. 15: “da ‘medico penitenziario’ a ‘medico tout court’ comporta però una maturazione culturale, così che i medici si considerino davvero autonomi e al servizio della persona, senza farsi impropriamente carico di altre esigenze e punti di vista che non sono richiesti di rappresentare; e che anzi sono chiamati a controbattere ‘dalla parte del paziente’”.

<sup>60</sup> *Ivi*, p. 17.

<sup>61</sup> Su cui C. Cost. 26/1999. Si rinvia a G.M. Flick (2012) “I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale”, *DeS*, 1, consultabile al sito: [https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni\\_Maria\\_Flick-I\\_diritti\\_dei\\_detenuti\\_nella\\_giurisprudenza\\_costituzionale.pdf](https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf).



legislativi e strumenti di *soft law*, hanno cooperato, spostando prima un limite poi un altro, ad affermare quel “fondamentale diritto dell’individuo” previsto dall’art. 32 Cost. per le persone sottoposte a privazione della libertà in modo paritario con i cittadini liberi, e senza discriminazioni rispetto ai medesimi, in armonia con gli articoli 3 e 32 della Costituzione. La condizione specifica di reclusi e di malati, che la Corte Costituzionale ha definito come quella di una ‘doppia vulnerabilità’, deve essere tenuta presente dalla legislazione per garantire cure adeguate (art. 3, 2° co.) e non inferiori a quelle dei cittadini liberi (art. 3, 1° co.); nello stesso tempo la legislazione deve rispettare il limite stabilito dalla Costituzione tramite il riferimento alla persona umana: poiché in nessun caso può venir meno il rispetto che le è dovuto (art. 32, 2° co.)<sup>62</sup>, anche nel caso di persone sottoposte a misura penale il trattamento sanitario deve rispettare tale limite, che si sostanzia nel rispetto e nella valorizzazione dell’autonomia della persona in materia di cura.

## 5. Gestione penitenziaria *versus* gestione sanitaria (sul primo motivo di ricorso)

Nell’ordinanza che qui si commenta, la criticata mancanza di potere da parte del DAP nel procedere all’inserimento in REMS delle persone destinatarie di misure di sicurezza detentive si fonda sull’unica argomentazione relativa alla natura penale della misura di sicurezza, da cui si deduce la necessaria competenza esecutiva del Ministero della Giustizia:

l’esecuzione della misura di sicurezza detentiva, nel caso di specie in via provvisoria, del ricovero in REMS è sostanzialmente assimilabile all’esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale e va affidata per gli aspetti materiali all’organo che sovrintende l’Amministrazione penitenziaria, ossia il Ministro della Giustizia al quale spettano ai sensi dell’art. 110 Cost. l’organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia con le relative responsabilità (punto 32).

Il giudice *a quo* sottolinea inoltre la perdurante competenza esclusiva dell’Autorità giudiziaria nel disporre la misura di sicurezza detentiva, e il fatto che le relative disposizioni

<sup>62</sup> Su cui si rinvia a S. Rodotà (2012) *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, in particolare p. 161 e p. 255 ss.

di esecuzione penale e di ordinamento penitenziario siano applicabili, e applicate, agli internati presso le REMS; presupposto della misura di sicurezza della REMS è, come per le altre misure di sicurezza, la pericolosità sociale come definita dall'art. 203 c.p.

Ora, né disposizioni normative né prassi operative nel sistema delle REMS hanno revocato in dubbio la natura penale delle misure di sicurezza, né le competenze della magistratura nel disporre, e in generale sovrintendere alle misure eseguite in REMS. E neppure va in tal senso l'interpretazione delle norme impugnate.

Ciò che l'ordinanza rivendica è evidentemente la gestione penitenziaria delle REMS. Infatti, dall'insieme delle caratteristiche delle REMS (esclusiva gestione sanitaria, con conseguente numero chiuso, sicurezza solo perimetrale, e principio di territorialità) “discende” – afferma l'ordinanza – “la completa estromissione da qualsiasi funzione in materia di misure di sicurezza nei confronti degli infermi di mente del Ministero della Giustizia” (punto 34). E, in particolare, sottolinea in più punti come il numero chiuso e il principio di territorialità siano di ostacolo all'inserimento coattivo da parte dell'Amministrazione penitenziaria di destinatari di misura di sicurezza in REMS, indipendentemente dalla capienza della struttura e dalla competenza territoriale, esponendo la popolazione al pericolo costituito da individui già giudicati pericolosi.

Come si è evidenziato nel precedente paragrafo la gestione dei servizi sanitari da parte esclusivamente della sanità pubblica (Regioni, Asl, REMS) è parte integrante e sostanziale del diritto alla salute delle persone sottoposte a misura penale, sia essa una pena o una misura di sicurezza. In tal senso si è chiaramente espresso il D.Lgs. 230/99 che, mentre assegnava le funzioni sanitarie al Ministero della sanità e alle Regioni, imponeva all'Amministrazione penitenziaria di provvedere alla sicurezza dei detenuti e degli internati (art. 2 co. 3) e al Ministero della Giustizia riservava tutte le competenze in materia di sicurezza all'interno delle strutture sanitarie ubicate negli istituti penitenziari e nell'ambito dei luoghi esterni di cura ove siano ricoverati gli internati (art. 4). Il DL 211/2011, conv. con modif. in Legge 9/2012 ha fatto un passo ulteriore disponendo che nelle REMS, strutture dedicate a misure speciali per pazienti psichiatrici, sia prestata un'attività di sicurezza soltanto esterna alla struttura.



Dunque, le caratteristiche delle REMS, riassunte nel principio della gestione esclusivamente sanitaria, sono essenziali per la tutela del diritto alla salute, e quindi non sono eliminabili o riducibili, senza ridurre quel diritto. Non si sta, infatti, parlando di una competenza organizzativa da valutare in termini di efficienza del servizio, ma di una funzione professionale, quella sanitaria, propedeutica e indispensabile alla piena attuazione del diritto alla salute, che solo se svolta in piena autonomia da condizionamenti e pressioni derivanti dal potere gerarchico o disciplinare di altra istituzione, storicamente dell'Amministrazione penitenziaria, può adempiere pienamente al suo ruolo di tutela e promozione del diritto alla salute.

Un'altra considerazione è tuttavia necessaria in merito alla competenza dell'Amministrazione penitenziaria, che l'ordinanza ritiene espropriata dalla regola del numero chiuso delle strutture e dal principio di territorialità nel sistema delle REMS: ciò che si dà per scontato è che il DAP inserirebbe lo stesso le persone in REMS, anche in sovrannumero e anche lontano dalla propria residenza, perché lo si vede come privo di vincoli, espressione dell'ampia estensione del potere penitenziario che non è stata ancora scalfita dalle norme dell'Ordinamento Penitenziario. Potere che permette, ritenendolo cosa legittima e doverosa, di inserire nuovi detenuti negli istituti penitenziari, anche se la capienza regolamentare è stata già superata di molto, nonché di assegnare detenuti agli istituti penitenziari molto lontani dalla loro residenza, senza tenere conto delle difficoltà che avranno i familiari per spostarsi e avere un colloquio, nonché del danno che avrà la persona detenuta dalla mancanza di relazioni con i familiari. Eppure, al contrario, l'Ordinamento Penitenziario detta disposizioni chiare in materia di posti nelle carceri: gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo da accogliere un numero limitato di detenuti o internati, e avere oltre che locali per esigenze di vita individuale anche quelli per lo svolgimento di attività in comune (art. 5); i locali in cui si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere "di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale", inoltre i locali per il pernottamento consistono di camere dotate di uno o più posti, e agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere a un posto, a meno che la situazione particolare non lo permetta (art. 6). In merito



all'assegnazione dei detenuti agli istituti la loro provenienza territoriale è rilevante: nel disporre i trasferimenti deve essere seguito il criterio di assegnare i detenuti a istituti prossimi alla residenza delle famiglie (art. 42) e in generale si prevede di realizzare su base regionale un sistema integrato di istituti, differenziati per tipologia detentiva, che soddisfi il "principio di territorialità dell'esecuzione penale" (art. 115 reg. att.). I principi del numero chiuso e della territorialità non sono dunque estranei al sistema penitenziario, che prevede capienze regolamentari degli istituti, requisiti minimi di abitabilità per gli spazi interni e criteri di assegnazione che tengano conto dei legami familiari. È però noto come tali norme restino troppo spesso soltanto sulla carta. Il sovraffollamento penitenziario è stato infatti ridotto solo a seguito della condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, avvenuto nel 2013 con la sentenza Torreggiani della Corte EDU<sup>63</sup>.

La rivendicazione di un ruolo per l'Amministrazione penitenziaria nella gestione delle misure di sicurezza per non imputabili non dovrebbe dunque mirare a poter esercitare un potere che appare discutibile anche per il carcere, quando se ne dà un'estensione senza limiti. In uno stato liberale alla rivendicazione del potere del sovrano di rinchiodere si oppongono le ragioni dei diritti dei reclusi, sottomettendolo alle garanzie inviolabili a tutela della persona umana, tra queste il diritto alla salute, da attuare nelle REMS come in carcere. Il riferimento culturale che tale potere aveva davanti era la "persona pericolosa a sé e agli altri" alla quale si rispondeva con l'internamento, ma il cambio di paradigma avvenuto prima con la Legge Basaglia poi con la riforma per il superamento degli OPG ha ora come riferimento la persona, soggetto di diritti, bisognosa di cure.

Piuttosto, in modo coerente alla natura penale delle misure di sicurezza, parrebbe opportuno che l'Amministrazione penitenziaria mantenesse un monitoraggio e una gestione attendibile dei dati su tali misure, nonché contribuisse a un coordinamento nazionale finalizzato a far sì che le REMS continuino a formare un sistema, fatto di strutture diverse e indipendenti, ma collegate tra loro da una rete di rapporti istituzionali.

Infine, la dimensione 'penale' delle misure di sicurezza, di quelle per pazienti psichiatrici e a maggior ragione di quelle per soggetti imputabili, porta alla questione di

---

<sup>63</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Causa Torreggiani e altri c. Italia (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), sentenza 8 gennaio 2013.



fondo, sempre aperta, del contrasto di tali misure con i principi del diritto penale liberale<sup>64</sup>, e che vari progetti di riforma del Codice penale hanno cercato di affrontare nella prospettiva della modifica o dell'abolizione completa del doppio binario<sup>65</sup>.

La Commissione Marino aveva indicato l'abolizione della non imputabilità come il punto di approdo della riforma del sistema degli OPG, dovendolo rinviare, per la radicalità dell'intervento necessario, a una successiva riforma organica del Codice penale<sup>66</sup>. Lungi dal progettare un sistema meramente retributivo, incapace di graduare la sanzione in base alle condizioni personali del soggetto, sarebbe invece valorizzata la funzione risocializzatrice della pena, prevista dalla Costituzione, e il principio del trattamento penitenziario, che hanno proprio il fine di adeguarsi alla persona singola per predisporre modalità di reinserimento sociale che tengano conto delle sue caratteristiche<sup>67</sup>.

Recentemente in tale direzione vi è stata la proposta di abolizione della non imputabilità per autori di reato con patologia psichiatrica, con il riconoscimento della responsabilità penale e la contemporanea offerta di cure, superando così il doppio binario pena-misura di sicurezza, ed estendendo anche agli autori di reato con patologia psichiatrica, condannati e non più prosciolti, il principio della Legge Basaglia, per cui la cura non si può imporre, ma può solo essere accettata tramite il consenso della persona che vi è sottoposta<sup>68</sup>.

Alla base di questa proposta sta il principio per cui 'la responsabilità è terapeutica', con cui si riconoscono le acquisizioni più recenti in tema di patologia psichiatrica, considerata non più come una condizione immutabile, ma come una malattia curabile, o

<sup>64</sup> Su cui si rinvia a L. Ferrajoli (2008) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, pp. 796 -797.

<sup>65</sup> Per una disamina dei vari progetti si veda: M. Pelissero (2008) *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, p 140 ss.

<sup>66</sup> Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia del sistema sanitario nazionale - Senato della Repubblica - XVI Legislatura, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, 20 luglio 2011, Doc. XXII-bis n. 4, p. 10. Si veda anche F. Della Casa (2013) "La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo processo riformatore", *Riv it dir proc pen*, 1: 64-103.

<sup>67</sup> Su cui si rinvia a E. Santoro (2020) "Casa di lavoro e colonie agricole: batteri resistenti alla civiltà giuridica?", *La legislazione penale*, consultabile al sito: <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/12/Santoro-Approfondimenti.pdf>.

<sup>68</sup> Si veda G. Melani, "Abolire il doppio binario", in F. Corleone (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, cit., p. 13: la proposta riprende e sviluppa le precedenti proposte di legge Corleone e Modugno del 1991 (AS 2894) e Corleone 1996 (Atti Parlamentari n. 151).



almeno migliorabile<sup>69</sup>. Solo in casi rari questa dà luogo a una completa incapacità di intendere e volere, mentre nella maggioranza delle situazioni presenta un insieme composito di condizioni, tra le quali sono da privilegiare e stimolare quelle che fanno appello alla parte libera e responsabile della persona, in vista del recupero/miglioramento della salute, situazione in cui la condanna, riconoscendo la responsabilità penale del soggetto, lo aiuta a elaborare il reato commesso, in vista del recupero.

## 5. Delegificazione e ‘natura non regolamentare’ (sul secondo motivo di ricorso)

Con il secondo motivo di ricorso, pur se soltanto accennato, il giudice *a quo* qualifica come atto di delegificazione il decreto ‘di natura non regolamentare’ a cui rinvia l’art. 3-ter co. 3 DL 211/2011, conv. con modif. in Legge 9/2012, per la definizione dei requisiti delle strutture REMS. È dunque necessario far riferimento alla riflessione sulla delegificazione e sugli atti ‘di natura non regolamentare’, per poi svolgere alcune considerazioni sulla natura del DM 1° ottobre 2012.

Com’è noto con l’art. 17 della Legge 400/1988 è stata data una forma più definita al potere regolamentare governativo e predisposta una procedura rigida per delegificare<sup>70</sup>, ovvero per passare dalla normazione di tipo legislativo a quella di tipo regolamentare, nell’ottica della semplificazione e razionalizzazione dei procedimenti normativi. Il 2° comma dell’art. 17 prevede sia requisiti procedurali (adozione con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta) che sostanziali (materie non coperte da riserva assoluta di

<sup>69</sup> F. Corleone (2020) “La responsabilità è terapeutica”, in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), cit., pp. 150-165.

<sup>70</sup> Sulla delegificazione la letteratura è vastissima, si ricordano qui solo alcuni testi monografici e voci enciclopediche: G. Demuro (1995) *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino; A. Pizzorusso (1995) “Delegificazione”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano; S. Niccolai (2001) *Delegificazione e principio di competenza*, Cedam, Padova; N. Lupo (2003) *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna; G. Tarli Barbieri (1996) *Le delegificazioni (1989-1995): la difficile attuazione dell’art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, Giappichelli, Torino; V. Coccozza (2005) *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, Jovene.



legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi, nell'autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari). Tuttavia, essendo la Legge 400/1988 una fonte non costituzionale ma ordinaria, è comunque possibile che altre leggi, di pari rango, possano prevedere 'modelli alternativi' di produzione delle fonti secondarie<sup>71</sup>.

Alla maggiore disciplina formale imposta dalla Legge 400/1988 è seguita, come reazione, la tendenza a sfuggire alle forme procedurali, previste per l'adozione dei regolamenti, per evitare i controlli di legittimità, adottando atti che non fanno riferimento alla Legge 400 e alle sue procedure<sup>72</sup>. Nel solco della 'fuga dalla legge 400'<sup>73</sup> si è inserita, soprattutto a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, quella è stata definita come 'fuga dal regolamento'<sup>74</sup>, e che ha dato come suo frutto la prassi del rinvio da parte del Parlamento e dell'adozione da parte del Governo, e dei Ministeri, di atti 'di natura non regolamentare'.

<sup>71</sup> Su cui M. Ruotolo (2011) "A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione", in *Osservatorio sulle fonti.it*, 3, che distingue le norme 'sulla' delegificazione da quelle 'di' delegificazione: le norme sulla delegificazione sono quelle che prevedono il procedimento, quelle di delegificazione quelle che lo attuano; può anche darsi che una norma di delegificazione stabilisca anche il procedimento attraverso cui delegificare, cioè sia anche norma sulla delegificazione, senza rifarsi a una norma precedente: nell'ambito di questa distinzione l'art. 17 della Legge 400/1988 "si atteggia a norma sulla normazione, predisponendo un procedimento, non necessariamente l'unico procedimento possibile, per operare quel trasferimento-dismissione dalla sede parlamentare a quella governativa, che usualmente denominiamo 'delegificazione'".

<sup>72</sup> U. De Siervo (1991) "Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 l. 400/1988)", in (AA. VV.) *Scritti per Mario Nigro*, I, Giuffrè, Milano, pp. 277-301; *id.* (1996) "Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988", *Diritto Pubblico*, 1: 63-95.

<sup>73</sup> N. Lupo (2018) "La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione", *Federalismi.it*, 3.

<sup>74</sup> Su cui F. Modugno, A. Celotto (2003) "Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti", *Quaderni costituzionali*, 2: 355-357: lo scopo del ricorso ai 'non regolamenti' è quello di eludere l'applicazione del 6° co. del nuovo art. 117 Cost., secondo cui la potestà regolamentare spetta alle Regioni, salvo che nelle materie di legislazione esclusiva, in cui spetta allo Stato, si tratta di "una vera e propria fuga dal regolamento, nel senso che il legislatore statale, pur di non attivare la competenza regolamentare regionale, demanda l'attuazione delle proprie leggi ad atti statali formalmente non regolamentari". Ancora F. Cintioli (2003) "A proposito dei decreti ministeriali "non aventi natura regolamentare", *Quaderni costituzionali*, 2003, 4: 820-822, in particolare p. 822, sottolinea come 'fuga dal regolamento' e 'truffa delle etichette' siano "figlie di una delle numerose contraddizioni del titolo V, che da una parte accentua la qualità normativa del regolamento parallelo alla funzione legislativa, dall'altro ne favorisce il deperimento o quantomeno la frammentazione".



Il rinvio all'atto 'di natura non regolamentare' ha avuto maggiore diffusione successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione ed è stato un effetto del processo di assestamento della nuova ripartizione di competenze tra Stato e Regioni<sup>75</sup>. Ambito in cui i confini reciproci sono stati continuamente ridefiniti: dopo l'entrata in vigore della Legge cost. 3/2001, il riparto delle competenze legislative è stato reso più flessibile, con la sentenza della Corte Costituzionale 303/2003<sup>76</sup>, mentre quello delle competenze regolamentari è rimasto rigido, così come previsto dall'art. 117, 6° co. Cost., con la previsione che regolamenti statali siano adottabili solo nelle materie di legislazione esclusiva; nelle altre la potestà regolamentare spetta alle Regioni. Alla 'vistosa asimmetria' tra i due criteri costituzionali, uno flessibile e derogabile, l'altro rigido e inderogabile è stato ricondotto un effetto duplice: una spinta verso la rilegificazione di materie già passate alla competenza regolamentare del Governo e uno stimolo al legislatore a prevedere atti 'non aventi natura regolamentare', in quanto tali non sottoposti al rigido riparto di competenze stabilito, con esclusivo riferimento alla potestà regolamentare, dall'art. 117, 6° comma Cost<sup>77</sup>.

L'atto 'di natura non regolamentare' è stato criticato in dottrina: c'è chi l'ha considerato un mezzo attraverso cui lo Stato cerca di conservare la competenza

---

<sup>75</sup> V. Marcenò (2011) "Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti", *Osservatorio sulle fonti.it*, 3; N. Lupo (2018), cit.

<sup>76</sup> Con la nota sentenza 303/2003 la Corte ha ritenuto applicabile anche alla funzione legislativa il principio di sussidiarietà (previsto espressamente dall'art. 118 Cost. per la funzione amministrativa), permettendo l'attrazione in sussidiarietà allo Stato di competenze per assicurarne l'esercizio unitario, in particolare quando vi sia un "intreccio di materie". All'attrazione in sussidiarietà è connesso l'obbligo di leale collaborazione, in base al quale nessuno dei soggetti che legiferano può ignorare gli spazi di autonomia dell'altro, e che prevede il coinvolgimento delle Regioni tramite intese (C. Cost. 278/2010). In un momento successivo è stato riconosciuto dalla Corte anche il principio di prevalenza, applicabile in alternativa a quello di sussidiarietà, quando si riscontri un "intreccio di materie", e una viene considerata prevalente e serve a individuare la competenza. La distinzione è rilevante, tra le altre cose, ai fini del differente coinvolgimento delle Regioni, che, nel caso di sussidiarietà, devono prendere parte alla decisione in virtù del principio di leale collaborazione, tramite intesa nella Conferenza Unificata (C. Cost. 251/2016). Nel caso invece di competenza statale definita per prevalenza le Regioni possono partecipare, se si tratti di materie di competenza concorrente, ma tramite parere, che non vincola nel merito la decisione. Su cui si veda: R. Bin (2017) *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente, intervento al Seminario "Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni"*, Roma, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 6 aprile 2017, p. 3, consultabile al sito: <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Leale%20collaborazione.pdf>.

<sup>77</sup> N. Lupo (2018), cit., p. 13.



regolamentare in modo contrario all'art. 117, 6° co. Cost.<sup>78</sup>, chi invece pur evidenziando l'atipicità, ha ritenuto che non invadesse necessariamente la sfera di competenza regionale, ma colmasse il vuoto lasciato dall'inerzia, facendosi da parte quando le singole Regioni avessero esercitato il proprio potere regolamentare<sup>79</sup>.

La natura di tali atti atipici va individuata attraverso criteri sostanziali: è rimesso all'interprete decidere se si tratti, in ogni singolo caso, di un regolamento con valore normativo, oppure se di un provvedimento amministrativo generale<sup>80</sup>. In dottrina sono stati ricondotti al regolamento, relativamente al contenuto dell'atto, i caratteri della generalità, astrattezza ed innovatività, di cui invece l'atto amministrativo generale sarebbe carente; invece, in relazione allo scopo dell'atto, la sola specificazione dell'operatività di norme già presenti nell'ordinamento, quasi sempre per accertare presupposti di fatto o introdurre valutazioni tecniche, sono caratteristiche che inducono a ritenere la natura di provvedimento amministrativo pur in presenza di generalità e astrattezza, così come un contenuto che abbia carattere eccezionale o temporaneo<sup>81</sup>.

La Corte Costituzionale nella sentenza 116/2006 ha giudicato tale tipo di atto un "atto statale dalla indefinibile natura giuridica"<sup>82</sup>, tuttavia riconoscendo la tendenziale ammissibilità di fonti secondarie atipiche<sup>83</sup>, pur se nel caso di specie ha dichiarato l'illegittimità costituzionale perché l'atto era lesivo della competenza legislativa regionale in materia di agricoltura. In altro caso la Corte ha dichiarato la conformità a Costituzione delle norme che rinviavano a tali tipologie di decreti, ma si è comunque pronunciata "a prescindere dalla complessa qualificabilità dei poteri in questione come potestà regolamentare in senso proprio" (Sentenza n. 285/2005, punto n. 11 del considerato in diritto)<sup>84</sup>. In altro caso ha negato valore normativo all'atto (si trattava del DPCM 21 dicembre 2012 recante lo schema

<sup>78</sup> A. Moscarini (2008) "Sui decreti del governo 'di natura non regolamentare' che producono effetti normativi", *Giurisprudenza costituzionale*, 6: 5075-5108.

<sup>79</sup> F. Modugno, A. Celotto (2003), cit., p. 357.

<sup>80</sup> Se sia un atto che ha lo scopo di disporre o piuttosto quello di provvedere (V. Crisafulli (1959) "Atto normativo", *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano).

<sup>81</sup> Su cui A. Moscarini, cit.; V. Marcenò, cit.

<sup>82</sup> Sentenza 116/2006, punto n. 7 del considerato in diritto.

<sup>83</sup> G. Rivosecchi (2019) "Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa", *Osservatorio costituzionale*, 1-2: 78-105, in particolare p. 96.

<sup>84</sup> *Ivi*, p. 95: Rivosecchi cita anche la sentenza n. 165/2007, punto n. 4.4 del considerato in diritto, che qualifica tali decreti come espressione di "poteri di tipo normativo o programmatorio".



di rendicontazione delle spese dei gruppi dei consigli regionali) in quanto esso si limita “ad indicare i criteri e le regole tecniche volte a soddisfare quelle esigenze di omogeneità nella redazione dei rendiconti annuali di esercizio dei gruppi consiliari”<sup>85</sup>.

Il Consiglio di Stato ha affrontato la questione dell’atto “di natura non regolamentare” condannandone l’uso, in un primo tempo (Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9), ma ammettendone, più recentemente, la legittimità (sentenza del Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5035 e Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3665 e n. 3666)<sup>86</sup>.

Il tema di fondo rimane quello della ricerca di maggiore equilibrio e di forme adeguate a esprimere le relazioni di potere tra Stato e Regioni, soprattutto nelle materie di competenza concorrente. A partire dalla comprensione delle dinamiche politiche e istituzionali che generano tali prassi, il Comitato per la legislazione della Camera, nella sua funzione di esame delle bozze di decreto sottoposte alle Commissioni parlamentari e nelle sue relazioni annuali sta indirizzando raccomandazioni sulla tecnica legislativa alla Camera, in modo da evitare le forme atipiche di atti<sup>87</sup>.

Venendo al caso specifico del DM 1° ottobre 2012: se ne deve escludere, in primo luogo, la funzione di delegificazione, non comportando esso né la modifica di atti legislativi né deroghe ai medesimi. Le modifiche sono state, infatti, operate con le Leggi 9/2012 e 81/2014 (con cui si sono decise la chiusura degli OPG, l’esecuzione delle misure di sicurezza nelle REMS, e il principio di *extrema ratio*), le quali hanno definito le nuove modalità di esecuzione delle misure di sicurezza per non imputabili, compreso il criterio dell’esclusiva gestione sanitaria delle strutture destinate ad ospitarli. Tale criterio, insieme agli altri due (che possono considerarsi come corollari del primo) dell’attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna, e della destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime, si colloca nel solco della ripartizione di competenze tra sistema sanitario e sistema penale tracciata dal DPR 230/1999, come già detto nel paragrafo precedente, e intende in tal senso orientare le caratteristiche delle strutture sanitarie REMS che dovranno essere definite dal decreto attuativo ‘di natura non

<sup>85</sup> Sent. n. 39 del 2014, punto n. 6.3.9.3. del considerato in diritto. Cfr. Rivosecchi (2019), cit.

<sup>86</sup> Su cui si rinvia all’analisi svolta da N. Lupo, (2018), cit. p. 15 ss.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 18 ss.



regolamentare', come previsto dall'art. 3-ter co. 3 DL 211/2011, conv. con modif. in Legge 9/2012.

Dunque, visto che le modifiche alle norme penali sono già tutte comprese negli atti legislativi, il decreto non opera una delegificazione ed è da escludere che l'atto vada a intaccare la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. Sul punto merita tuttavia ricordare, che vi sono casi nell'ordinamento in cui si utilizzano norme regolamentari per disciplinare i modi in cui la privazione della libertà personale deve avvenire, materia coperta da riserva di legge ex art. 13 Cost. Ne è un esempio, il caso dei centri di permanenza per i rimpatri, che pur essendo previsti da legge statale (art. 14 D.Lgs. 286/1998) non sono regolati da nessuna previsione legislativa, ma solo da alcune norme regolamentari (artt. 20-23 DPR 394/1999), peraltro insufficienti allo scopo sia perché non individuano anticipatamente le strutture che ospiteranno i centri, né le caratteristiche, sia perché in merito alle modalità di svolgimento della vita all'interno del centro fanno rinvio a disposizioni subordinate, come il provvedimento del Prefetto o le direttive del Ministero<sup>88</sup>. Oppure vi sono modi di privazione della libertà che non sono definiti da nessun atto, neppure regolamentare, anche se la legge ne delinea i criteri generali di applicazione (art. 284 c.p.p.) come nel caso della detenzione e degli arresti domiciliari, in cui le modalità concrete di limitazione della libertà e i requisiti dei domicili per essere idonei allo svolgimento della reclusione sono rimessi completamente alla scelta del giudice.

In secondo luogo, utilizzando il criterio sostanzialistico fatto proprio da dottrina e giurisprudenza, e dunque guardando al contenuto del DM 1° ottobre 2012, si vede che questo va ad integrare i requisiti già dettati per tutte le strutture sanitarie con DPR 14 gennaio 1997<sup>89</sup>, prevedendo "ulteriori requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza" per le REMS, che sono strutture sanitarie dedicate a specifici

<sup>88</sup> Per una disamina di tali norme nel senso della violazione della riserva di legge ex art. 13 cost. si rinvia a A. Di Martino (2012) "La disciplina dei 'c.i.e.' è incostituzionale. Un pamphlet", *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile al sito: <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1487-la-disciplina-dei-cie-e-incostituzionale>.

<sup>89</sup> DPR 14 gennaio 1997 "Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private" adottato in base all'art. 8, comma 4 del D.Lgs. 502/1992 che prevede che l'atto di indirizzo e coordinamento sia emanato "d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, sentito il Consiglio superiore di sanità".



destinatari. Il D.Lgs 502/1992 prevede in via generale che le strutture sanitarie debbano avere determinati requisiti per essere accreditate, definiti nel DPR 14 gennaio 1997, a cui si aggiungono per le REMS quelli dettati dal DM 1° marzo 2012, e che sono integrati dalle discipline regionali in materia di accreditamento delle strutture sanitarie, tra cui si trovano anche le REMS. Il decreto, lungi dal dettare disposizioni in materia penale, prevede una serie di standard minimi strutturali, tecnologici e organizzativi per le REMS, che le Regioni dovranno garantire e potranno casomai migliorare, ma dai quali non potranno allontanarsi in peggio.

Il DM può essere dunque ricondotto alla fattispecie del provvedimento amministrativo generale. I profili di sicurezza individuati nel decreto fanno riferimento, tra i requisiti tecnologici, a “sistemi di sicurezza congrui rispetto alla missione della struttura quali sistemi di chiusura delle porte interne ed esterne, sistemi di allarme, telecamere, nel rispetto delle caratteristiche sanitarie e dell’intensità assistenziale”, nonché, tra i requisiti organizzativi, a “modalità di attivazione delle Forze dell’Ordine, nelle situazioni di emergenza attinenti alla sicurezza”; per quanto attiene invece all’attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna, che “non costituisce competenza del Servizio sanitario nazionale né dell’Amministrazione penitenziaria” le Regioni e le Province autonome “attivano specifici accordi con le Prefetture”.

Si potrebbe casomai discutere se l’attività di sicurezza perimetrale non necessiti, per essere “non di competenza dall’Amministrazione penitenziaria”, di un atto di livello primario, vista la ripartizione di competenze operata dal D.Lgs 230/1999 (art. 2, 3° co. “alla erogazione delle prestazioni sanitarie provvede l’azienda unità sanitaria locale. L’amministrazione penitenziaria provvede alla sicurezza dei detenuti e a quella degli internati ivi assistiti”) poi integrata dall’art. 3-ter, co. 3° in questione, che detta il criterio della “esclusiva gestione sanitaria *all’interno* delle strutture”. Tuttavia, un compito di mera sicurezza perimetrale, senza gestione della struttura (essendo questa espressamente esclusa) sembra non coerente con le funzioni proprie dell’Amministrazione penitenziaria, così che si può pensare che la disposizione dell’art. 3-ter, co. 3° sia da intendere, in quanto riguardante strutture la cui disciplina è stata completamente riscritta, come speciale rispetto all’art. 2, 3° co. del D.Lgs 230/1999, e dunque come escludente rispetto alla competenza



dell'Amministrazione penitenziaria anche sulla sicurezza esterna perimetrale; in tal senso sembra essere del resto stata interpretata anche dal Ministro della Giustizia, tanto che il DM è stato formulato con il suo concerto.

Merita anche ricordare che le attività inerenti alcuni aspetti dell'esecuzione delle misure di sicurezza e i rapporti con la magistratura sono state regolamentate, dietro rinvio del DM 1° ottobre 2012, con l'Accordo del 26 febbraio 2015 della Conferenza Unificata, il cui scopo è quello di definire a chi spetta realizzare alcuni compiti operativi, in situazioni che si trovano al confine delle competenze. Ad esempio, riguardo ai trasferimenti, è competente il DAP se sono effettuati per motivi di giustizia, è competente la Asl se il motivo è sanitario. Quanto ai procedimenti amministrativi, questi sono svolti da personale amministrativo delle REMS, ma le attività di identificazione, immatricolazione, tenuta della posizione giuridica sono svolte dal personale dell'Amministrazione penitenziaria per il periodo di un anno, rimandando a un momento successivo le definitive attribuzioni, cosa che ancora non è stata fatta: la funzione di 'matricola' viene infatti svolta dagli istituti penitenziari più vicini per territorio alla REMS. La sicurezza e la vigilanza perimetrali sono attivate con specifici accordi con la Prefettura di riferimento. Insomma, si tratta di una definizione, peraltro concordata tra Stato, Regioni e Province autonome, di compiti operativi<sup>90</sup>, che è quindi lontana dal rivestire quel ruolo di "ulteriore forma di delegificazione", a cui fa cenno l'ordinanza di rimessione. In ultimo, a ulteriore conferma che ciò a cui mira l'ordinanza non è affermare la competenza del DAP in modo coerente all'esclusiva gestione sanitaria delle REMS, ma mettere in dubbio proprio tale caratteristica, conviene anche notare che l'Accordo prevede che le assegnazioni alle REMS sono fatte dal DAP, ma attenendosi al principio della territorialità e in base alla disponibilità di posti letto nelle strutture.

Sul punto si può concludere, infine, anche se la questione non è oggetto del ricorso, che il fatto che il DM 1° ottobre 2012 introduca valutazioni tecniche in merito ai requisiti delle strutture REMS dovrebbe valere, alla luce della giurisprudenza sopra riportata, anche ad escluderne la natura regolamentare e dunque il contrasto con l'art. 117, 6° comma Cost. Per il

<sup>90</sup> Dopo quasi sei anni di attività delle REMS, le prassi operative si sono differenziate (in alcuni luoghi la polizia penitenziaria non fa più gli accompagnamenti, in altri non è stata ritenuta necessaria la vigilanza perimetrale, la funzione di 'matricola' è ancora svolta dagli istituti penitenziari), varrebbe quindi la pena di rivedere l'Accordo alla luce dell'esperienza fatta.



suo contenuto il DM 1° ottobre 2012 appare quindi porsi come un atto amministrativo di fissazione di criteri unitari in materia di salute, competenza concorrente; inoltre, l'atto è adottato con l'intesa della Conferenza Unificata, e di concerto con il Ministero della Giustizia. Su di esso si possono esprimere le critiche sopra accennate in merito alla necessità di una maggiore razionalità delle fonti e degli strumenti di coordinamento legislativo e regolamentare tra Stato e Regioni<sup>91</sup>, tuttavia esso si inserisce nelle prassi riconosciute legittime dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

## 6. Posti in REMS e liste d'attesa: sui problemi e sulle soluzioni concrete

Per affrontare il problema concreto a partire dal quale l'ordinanza di rimessione si muove, non si dovrebbe tanto demolire una riforma che, passo passo, sta portando avanti una svolta radicale nell'approccio agli autori di reato con patologia psichiatrica, quanto piuttosto analizzare il fenomeno delle liste d'attesa, per capire quali ne siano le dimensioni reali, le ragioni e i rimedi. È infatti necessario dare risposte pronte ai bisogni di salute, e anche di sicurezza se e quando serve.

Nell'ordinanza si sostiene che il numero di posti nelle REMS sia insufficiente, a partire dal fatto che le liste d'attesa per l'ingresso sono molto lunghe. Conviene qui riprenderei dati sopra descritti: l'ultimo dato specifico sulla capienza delle REMS è del giugno 2018, con 641 posti totali<sup>92</sup>. La lista d'attesa formata dalle persone in attesa di esecuzione della misura consta, all'11 febbraio 2020, di un totale di 714 persone, delle quali 63 in carcere. Poco meno di due anni prima, al 26 giugno 2018 risultavano in attesa di ricovero 468 persone, delle quali 57 si trovavano ristrette in istituti penitenziari. Andando a

---

<sup>91</sup> Sul punto si denuncia la necessità di un riordino delle forme di raccordo interistituzionale nell'ambito del sistema delle Conferenze Unificate, su cui si rinvia a A. Paiano (2020) "Forme di raccordo fra stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle conferenze", in *Osservatorio sulle fonti.it*, 1: 227-261.

<sup>92</sup> Si veda E. Tavormina (2018), cit. p. 31. Al 15 aprile 2020 si hanno 609 presenze sul territorio nazionale: il Garante nazionale non ha pubblicato il dato dei posti complessivi, ma considerando che al momento della rilevazione una REMS risulta chiusa per ristrutturazione e un'altra ancora da aprire, si può ipotizzare che il numero sia più o meno lo stesso del 2018.



ritroso, a questi dati si possono aggiungere quelli relativi ai mesi di agosto-settembre 2017, riportati nella ricerca di Evelin Tavormina<sup>93</sup>, che indica le presenze nel mese di settembre in 604 persone, e la continua crescita delle misure non eseguite che sono 337 (agosto 2017)<sup>94</sup>. Vi sono, ancora prima, i dati relativi ai primi mesi del 2017 forniti dal Commissario unico per il superamento degli OPG on. Corleone: si hanno 290 ordinanze non eseguite, delle quali 206 relative a misure provvisorie e 84 a misure definitive<sup>95</sup>. Infine, i dati al 6 settembre 2016, in cui risultavano non eseguite 219 ordinanze: il dato è anch'esso del Commissario unico<sup>96</sup> e suddivide le ordinanze a seconda se relative a territori con REMS attive, ma senza posti disponibili (177), oppure a territori ancora senza REMS attive (42), ed evidenzia, in entrambi i casi, come la gran parte delle ordinanze riguardi misure provvisorie (150 su 219). I dati mostrano dal 2016 a oggi un aumento esponenziale dei numeri delle liste d'attesa.

Sommando le 609 persone ricoverate al 15 aprile 2020 con le 714 in lista d'attesa all'11 febbraio 2020, si ha un totale di 1323 persone sottoposte a misure di sicurezza, in parte eseguite, in parte non ancora. Un numero molto simile a quello delle presenze in OPG prima che incominciasse il processo di loro superamento. Poi si era scesi dalle più di 1400 presenze nel 2011 alle 698 presenze al 31 marzo 2015. Se tutte le persone che sono in lista di attesa nel 2020 potessero entrare in REMS grazie a una moltiplicazione dei posti disponibili avremmo nuovamente degli OPG, più puliti e con strutture più decenti, ma con gli stessi numeri. Inoltre, se al totale dei destinatari di un'ordinanza nel 2020 (1323) sommassimo il numero dei dimessi dopo l'entrata in funzione delle REMS e fino a marzo 2019 (1029), avremmo un numero complessivo (2362) ben più alto di quelle che erano le presenze in OPG, da cui, com'è noto, le persone non venivano dimesse in tempi così rapidi come avviene con le REMS.

<sup>93</sup> E. Tavormina (2018), cit., pp. 20-21.

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 29.

<sup>95</sup> F. Corleone (2016) *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 19 agosto 2016 - 19 febbraio 2017, consultabile al sito: <https://www.camera.it/temiap/2017/02/28/OCD177-2763.pdf>.

<sup>96</sup> F. Corleone (2016) *Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, 19 febbraio 2016 - 19 agosto 2016, consultabile al sito: <https://www.penale.contemporaneo.it/upload/Relazione%20Semestrale.pdf>.



Data	31/03/2015	06/09/2016	31/01/2017	Agosto/Settembre 2017	26/06/2018	11/02/2020
Presenti in REMS	698 (OPG)	541	569	604	622	609*
Inseriti in lista d'attesa	///	219	290	337	468	714

\*Dati al 15/04/2020

Il continuo aumento dei numeri delle liste d'attesa è un fenomeno che va letto e affrontato a partire da alcune considerazioni:

1) Mettere in discussione il dato numerico. Le liste d'attesa hanno numeri molto elevati, ma non vi è la certezza che corrispondano ai numeri reali. Già era stato evidenziato dal Commissario come i conti spesso non tornassero per le forti incongruenze rilevate tra i dati forniti dal DAP e quelli raccolti direttamente dalle liste d'attesa delle strutture<sup>97</sup>. Si ha la certezza che la condizione di coloro che si trovavano in carcere al momento dell'applicazione della misura non sia mutata, ma non si ha la stessa certezza per le persone che erano libere. La misura della REMS, infatti, potrebbe essere stata revocata o trasformata in libertà vigilata. Oppure accade che la misura comminata resti quella della REMS, ma di fatto la persona sia inserita in comunità psichiatrica, senza quindi il necessario collegamento tra servizi sanitari e magistratura. E in molti casi di tali persone si perdono proprio le tracce. Considerando che non vi è più un organismo di coordinamento e di monitoraggio del sistema delle REMS<sup>98</sup> e che i dati non sono raccolti in modo sistematico, è possibile che il problema continui a

<sup>97</sup> F. Corleone (2016) *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, cit., p. 45.

<sup>98</sup> In tal senso si veda l'Appello alle Istituzioni del 'Coordinamento REMS/DSM' e dell'Osservatorio sul superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, sulle REMS, per la salute mentale, pubblicato nel novembre scorso, che chiede, tra le altre cose, la riattivazione dell'Organismo nazionale di monitoraggio sul superamento degli OGP composto dai Ministeri della Salute e della Giustizia, dalla Magistratura, dalla Conferenza delle Regioni, dall'Anci e dalle associazioni della società civile, consultabile al sito: <http://www.sossanita.org/archives/11807>.

sussistere. Manca una regia centrale, mentre servirebbero dati affidabili e controllati, confrontati con le conoscenze delle REMS e con i dati da queste forniti.

2) Comprendere che i posti limitati sono una scelta, non una carenza. Nel sistema delle REMS le strutture detentive sono state pensate e definite come uno dei percorsi, ma non il solo, in cui eseguire le misure, in costante relazione con la rete dei servizi psichiatrici e socio-sanitari sul territorio. Da questo modello deriva il numero limitato dei posti in REMS, destinati solo ai casi più gravi (principio dell'*extrema ratio*). Perché il sistema funzioni il limite dei posti deve essere conservato, la capienza complessiva “non si può dilatare senza correre il rischio di pregiudicare la logica di residualità, eccezionalità e transitorietà del momento custodiale”<sup>99</sup>, piuttosto si dovrebbe affrontare, con una diversificazione delle strutture residenziali e maggior sostegno alla funzionalità dei presidi psichiatrici sul territorio, la disomogeneità e complessità dei quadri patologici dei pazienti ricoverati.

Le ordinanze di applicazione della misura in REMS fanno uso del principio di *extrema ratio*? Probabilmente non tutte, visto che ne vengono emesse in gran numero: i protocolli firmati in varie Corti d'appello danno disposizioni adeguate, in linea con le raccomandazioni date dal CSM per costruire collegamenti permanenti tra magistratura e servizi sul territorio, indispensabili per attivazione misure differenti dalla REMS. Le disposizioni di tali protocolli restano tuttavia al livello di raccomandazioni non cogenti, occorrerebbe invece in questo ambito un intervento del legislatore, per stabilire un meccanismo che istituzionalizzi e proceduralizzi il collegamento tra magistratura, servizi sanitari e strutture intermedie sul territorio, in modo che la misura della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche possa essere applicata in modo effettivo.

Mentre si chiude questo articolo, si ha notizia dell'approvazione di una norma che finanzia, purtroppo, l'incremento della capienza e del numero delle REMS<sup>100</sup>. Meglio sarebbe

<sup>99</sup> CNB (2017) *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici*, parere del 21 settembre 2017, p. 38.

<sup>100</sup> Si tratta del DL 28 ottobre 2020, n. 137 “Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, al cui art. art. 23 quinquies si prevede che: “Al fine di non vanificare la portata innovativa dell'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, di rispettare le misure di prevenzione legate all'emergenza da COVID-19 e contestualmente di *implementare la capienza e il numero delle strutture* sul territorio nazionale delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza l'autorizzazione di spesa di cui

stato finanziare l'incremento dei servizi psichiatrici sul territorio, e si auspica in tal senso una modifica.

3) Evidenziare il problema specifico delle misure provvisorie. I dati indicano che il 41% delle persone ospitate in REMS al 31 gennaio 2020 avevano una misura provvisoria. Nella lista d'attesa all'11 febbraio 2020 si ha la ripartizione tra misure definitive e provvisorie solo riguardo alle persone detenute in carcere (su 63 reclusi, 52 sono provvisori e 11 definitivi, con una percentuale di provvisori del 82,5%). Nei dati presentati dal Commissario Corleone al 6 settembre 2016 nella lista d'attesa vi erano il 68,5% di misure provvisorie; in quelli al 31 gennaio 2017 le misure provvisorie erano il 71%. Risulta di tutta evidenza che le misure provvisorie incidono in maniera notevole sia sulle presenze nelle REMS (ben il 41%) sia, e ancora di più, sui numeri della lista d'attesa. Le misure provvisorie sono comminate anche per fatti bagatellari<sup>101</sup>. La misura provvisoria può avere in questi casi, quando è eseguita, la funzione di prendere in carico subito un soggetto che ne ha bisogno, perché la sua malattia è in fase acuta, ma tale funzione non dovrebbe essere svolta dal penale ma dai servizi sul territorio.

Oltre a 'intasare' il sistema delle REMS, le misure provvisorie sono portatrici di numerose problematiche per la tutela dei diritti delle persone che vi sono sottoposte. Dal punto di vista processuale presentano commistioni con la custodia cautelare, senza averne le garanzie, tanto che sarebbe preferibile abolirle e porre in carcere la persona, se vi sono esigenze cautelari, oppure affidarla al servizio psichiatrico sul territorio se non ve ne sono o sono ridotte; dal punto di vista della cura le misure provvisorie inducono a collocare nello stesso luogo, la REMS, persone che si trovano in fasi differenti del proprio percorso terapeutico (in genere in fase di acuzie i provvisori, invece compensati e con un programma avviato i definitivi) e possono creare turbamenti nell'equilibrio della comunità; in questa prospettiva è stata anche avanzata l'ipotesi di creare REMS specificamente dedicate all'esecuzione delle misure provvisorie<sup>102</sup>. Inoltre, per alcuni disturbi, come le psicopatie e i disturbi di personalità, è stato indicato come non adeguato il trattamento in REMS, in quanto

---

all'articolo 3-ter, comma 7, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, è incrementata di 1 milione di euro a decorrere dall'anno 2021".

<sup>101</sup> CNB (2019), cit., p. 15.

<sup>102</sup> Per un'analisi di questi punti mi permetto di rinviare a K. Poneti (2018) "Le misure di sicurezza e la modifica del Codice penale", in F. Corleone (a cura di), *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, cit., p. 37.



si tratta di casi in cui i bisogni di controllo sono prevalenti sui bisogni di cura e sarebbe più appropriata la carcerazione con supporto del centro di salute mentale interno al carcere<sup>103</sup>.

La proposta di abrogazione delle misure provvisorie, con degenza in SPDC se necessario (con la procedura prevista dall'art. 73 c.p.p.), sarebbe l'opzione preferibile (e richiederebbe un investimento in tal senso nel sistema sanitario). Rimanendo invece nell'ambito della misura di sicurezza provvisoria, sarebbe necessario migliorare il collegamento tra psichiatria sul territorio e magistratura, anche eventualmente con un intervento del legislatore, per favorire l'applicazione di misure provvisorie non detentive, inserendo il soggetto in comunità sul territorio subito dopo l'arresto, oppure per non applicare nessuna misura, favorendo però la presa in carico della persona in stato libertà da parte dei servizi territoriali. Sarebbe opportuno che il magistrato che applica la misura potesse coinvolgere immediatamente i servizi sanitari, tramite un invito a prendere in carico la persona, per costruire da subito un percorso alternativo al carcere. Nel caso estremo in cui la persona da sottoporre a misura rifiuti le cure ma non manifesti grande pericolosità criminale, come nel caso che ha dato luogo al ricorso del Tribunale di Tivoli, il servizio sanitario potrebbe agire tramite la procedura di TSO svolta in SPDC, ovviamente qualora ne ricorrano i presupposti di legge, sul modello procedurale dell'art. 73 c.p.p. Dovrebbero in questi casi essere applicate, ovviamente, tutte le garanzie previste dalla Legge 833/1978, in particolare la persona sottoposta a TSO dovrebbe altresì essere informata del trattamento sanitario che si vuole applicarle e dovrebbero essere fatti tutti gli sforzi possibili per acquisire il suo consenso alle cure; inoltre, una volta che si sia proceduto con il TSO, dovrebbero essere fatti tutti gli sforzi possibili per trasformare il trattamento da obbligatorio in volontario. Procedendo con il TSO si può permettere il superamento della fase dell'acuzie, dopodiché si può valutare l'applicazione di misure non detentive, come la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche adeguate, o di nessuna misura mantenendo solo la relazione con il servizio psichiatrico, dando concreta applicazione al principio di *extrema ratio*.

4) Valorizzare le differenze sul territorio. Guardando di nuovo ai dati pubblicati dal Garante nazionale si nota<sup>104</sup> che le persone in liste d'attesa sono distribuite in modo assai differente tra le regioni. In Sicilia si hanno 125 persone in lista d'attesa, in Campania 122, in

<sup>103</sup> Si veda P. Pellegrini (2019), cit., p. 57.

<sup>104</sup> Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (2020) cit., Tab. 4.8.



Lazio 81; mentre Veneto, Trentino Alto-Adige, Sardegna, Basilicata hanno numeri molto bassi. Tali differenze non si spiegano in proporzione alla popolazione residente, né al numero dei posti previsti nelle REMS, ma sembrano rimandare ai differenti modelli sanitari realizzati, oltre che a differenti approcci della magistratura. Nella riforma per il superamento degli OPG è stato infatti definito il modello generale, costituito dalla struttura chiusa, la REMS, circondata dall'insieme delle strutture e dei servizi sul territorio; non c'è stata però una indicazione più precisa per attuare le misure, sia all'interno delle REMS che sul territorio. Sono così nati una varietà di modelli regionali, che sarebbe bene conoscere e comparare, perché le migliori esperienze possano diventare dei punti di riferimento. Alcune questioni potrebbero essere le seguenti: quale sia la funzione della REMS dal punto di vista della terapia (luogo di cura delle acuzie o delle terapie di lungo periodo); quali trattamenti sono previsti e permessi nelle REMS; quale uso abbiano il TSO e la contenzione meccanica; che ruolo hanno le attività che dovrebbero continuare ad essere parte del trattamento: il lavoro, la formazione, i permessi.

5) Sostenere il principio di territorialità come opportunità di reinserimento. L'idea, a cui accenna l'ordinanza di rimessione, di mettere da parte il principio di territorialità per utilizzare i posti disponibili in REMS di altre regioni, non è condivisibile perché porterebbe alla separazione della persona dai suoi legami familiari, sociali e di cura, spingendola verso l'istituzionalizzazione. Risultato che, oltre a ledere il diritto alla salute della persona, manterrebbe alto il tasso di occupazione dei posti in REMS. L'indicazione che la misura di sicurezza venga eseguita sul territorio di provenienza del soggetto, è infatti un criterio fondamentale al fine di rispettare i suoi diritti (tra cui in primis salute, relazioni familiari), anche perché spesso si tratterà di persona già in carico ai servizi psichiatrici, con relazioni di cura avviate, che non possono essere interrotte senza offendere il diritto alla salute, che comprende anche la scelta del medico e la relazione terapeutica: le Asl devono restare al centro del sistema, perché solo così i pazienti autori di reato saranno considerati in primo luogo pazienti e avranno il contatto e la continuità con i servizi sul territorio<sup>105</sup>. Ma il principio di territorialità è altresì essenziale al reinserimento sociale della persona sottoposta a misura di sicurezza, che con il supporto dei servizi socio-sanitari e il

---

<sup>105</sup> Anche il CNB ha sottolineato l'importanza del principio di territorialità: Parere del CNB *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici* del 21 settembre 2017, p. 39



mantenimento/recupero delle relazioni familiari e sociali può ridurre la propria permanenza in REMS. Molti sono i casi in cui il penale serve come supplente delle carenze del sociale, perché è più facilmente attivabile, tra i quali anche le misure di sicurezza si possono annoverare. L'applicazione del principio di territorialità è funzionale al percorso inverso: dal penale al sociale.

## 7. Conclusioni

Scopo dell'ordinanza è mettere in discussione il principio della gestione esclusivamente sanitaria delle REMS, in particolare allo scopo di permettere al DAP di assegnare alle strutture i soggetti sottoposti a misura di sicurezza, se necessario anche superando i principi di territorialità e del numero chiuso delle strutture. Si tratta di una posizione non condivisibile nelle argomentazioni di diritto e nel giudizio complessivo sul sistema delle REMS considerato 'disfunzionale', ma offre una buona occasione per esaminare il sistema che è sorto dopo la chiusura degli OPG, il suo funzionamento e le sue ambiguità, nonché i suoi punti critici. Il sistema delle REMS è stato quindi analizzato nelle sue caratteristiche normative e attraverso alcuni dati quantitativi, evidenziando la sua condizione di incompiutezza, ma anche di svolta radicale rispetto al passato.

Il diritto alla salute delle persone private della libertà personale è emerso con sempre maggior definizione, grazie prevalentemente alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e ad alcuni pareri del Comitato nazionale di bioetica, mostrando aspetti differenti ma complementari: la funzione (anche) di tutela della salute propria delle misure di sicurezza, la necessaria uguaglianza di tutela per la malattia fisica e quella psichica della persona detenuta, il valore dell'esclusiva gestione sanitaria dei servizi di medicina destinati a persone private della libertà personale, non solo in termini di efficienza ma in termini di pienezza del diritto alla salute.

Il primo motivo di diritto sollevato dall'ordinanza di remissione è stato analizzato a partire dal valore fondante, per l'effettività del diritto alla salute, della esclusiva gestione sanitaria delle REMS, e dei servizi medici penitenziari. Tuttavia, è stata anche discussa l'importanza dei criteri del numero chiuso e della territorialità per il sistema penitenziario

stesso, secondo le disposizioni dell'Ordinamento penitenziario. Il secondo motivo di ricorso è stato discusso tramite una ricognizione delle procedure di delegificazione e di normazione secondaria, e delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in merito all'atto 'di natura non regolamentare', per concludere che il DM 1° ottobre 2012 non sembra essere riconducibile alla delegificazione.

Certamente la questione della mancanza di posti è, in alcuni casi, un problema reale che necessita di essere analizzato e affrontato. Si sono proposte alcune riflessioni sul tema specifico, per mettere in evidenza quali cambiamenti (legislativi, di prassi, organizzativi, nessuno dei quali va però nella direzione di aumentare i posti in REMS) sarebbero necessari per ridurre e forse azzerare le liste d'attesa.

Infine, il giudizio della Corte potrà dare un po' di quella sistematicità che manca al mondo delle REMS, dirimere qualche nodo, e consolidare la direzione intrapresa sul sentiero della tutela dei diritti dei più deboli. L'augurio è che la Corte Costituzionale, proseguendo nella strada aperta con le precedenti sentenze, indirizzi la magistratura verso un'applicazione non formale del principio di *extrema ratio*, e sottolinei il valore della gestione esclusivamente sanitaria per l'effettività del diritto alla salute delle persone private della libertà personale.



# “Le REMS in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiodere” Un commento dello psichiatra

Pietro PELLEGRINI\*

AUSL di Parma, Dip. Assistenziale Integrato Salute Mentale  
Dipendenze Patologiche

L'incontro tra psichiatria e giustizia è sempre complesso ed è quindi molto apprezzabile la chiarezza dell'Autrice la quale delinea in modo ineccepibile quali siano, oggi, i presupposti e i requisiti della cura in psichiatria. Una cura fondata su consenso, responsabilità, libertà e partecipazione che devono essere attuati, incarnati nelle pratiche, in percorsi e non necessariamente in luoghi specifici e dedicati.

L'idea che il malato mentale sia incapace, irresponsabile, improduttivo e debba essere sempre controllato e addirittura custodito (ovviamente per il suo bene!) è stata superata da tempo in favore di una visione che vede in primo piano la persona, i suoi bisogni, le sue risorse e aspettative, l'insieme delle sue relazioni familiari e di contesto.

Una visione che dovrebbe essere comune a tutti. Chi è chiamato (e rivendica) un ruolo sanitario, sociale o giudiziario deve fare i conti con questa complessità, esplicitare come si relaziona, come mette in atto i dispositivi di propria competenza di fronte al bisogno, al disagio, alla sofferenza e alle possibili violazioni.

È interessante il caso concreto dal quale parte tutta la vicenda che ha portato all'Ordinanza del Tribunale di Tivoli. Una vicenda che implicava accoglienza, ascolto, un'altra analisi e interventi sociali e sanitari diversi in un'ottica di tipo preventivo e territoriale (ad es. un budget di salute) e, aggiungo, di corretto utilizzo delle risorse.

---

\* Contatto: Pietro PELLEGRINI | [ppellegrini@ausl.pr.it](mailto:ppellegrini@ausl.pr.it)



Ma quel che più rileva è: quali diritti si intende tutelare? E che tipo di potere esercitare? Il potere di eseguire che cosa? A questo riguardo l’articolo ben evidenzia la confusione tra misura di sicurezza detentiva (inserita nelle misure ‘amministrative’), pena detentiva e custodia cautelare. Si tratta di istituti giuridici diversi, tuttavia quanto accade quotidianamente è doloroso da osservare, iniquo e, dal punto di vista terapeutico, assai dannoso: la misura di sicurezza viene ad assumere nella pratica altri connotati e significati, creando nelle persone, già in difficoltà per svariati motivi compreso lo stesso proscioglimento, un’atmosfera confusa, quasi kafkiana, nella quale scadenze, comunicazioni e garanzie diventano vaghe, imprevedibili e quasi non pensabili. Una situazione insalubre e rischiosa per la salute mentale.

Ancora si presume che si debba eseguire una misura collocando qualcuno in un luogo, magari anche lontano dalla propria residenza, che sarà al tempo stesso custodiale e terapeutico, due condizioni antitetiche. L’esperienza degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) lo ha dimostrato chiaramente e lo sradicamento territoriale è spesso un ulteriore trauma. Per quanto le Residenze per l’Esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS) abbiano in parte ereditato aspetti contenitivi dall’OPG, sono per natura ‘Residenze’, case, pertanto molto diverse da un’istituzione, un ospedale giudiziario, e quel che più rileva è la loro intrinseca fragilità, limitatezza e la connessione con il territorio, che spinge ad una loro evoluzione verso una sempre maggiore permeabilità interno-esterno e ad una prospettiva di libertà. A curare è la relazione, l’apertura alla comunità, e questo dovrebbe trasformare le REMS in ‘Percorsi per l’Esecuzione delle Misure di Sicurezza’ (PEMS).

In quest’ottica, la vigilanza perimetrale, significativamente affidata non al Dipartimento Amministrazione Penitenziaria (DAP) ma alle Forze dell’Ordine che operano nella comunità, non è quella della struttura fisica ma quella del percorso. Non si tratta di presidiare luoghi ma di sostenere e vigilare con strumenti nuovi (anche di tipo tecnologico) come le persone costruiscono relazioni, svolgono attività e le vivono nel loro mondo interno.

Una sorveglianza dinamica, sempre più immateriale e fondata su fiducia, contrattualità e responsabilità affinché si crei il senso del limite interiore, il controllo sul proprio comportamento in un quadro complesso di sistema interistituzionale, del quale la terapia (e il lavoro sul mondo interiore anziché solo sul comportamento) viene ad essere



componente essenziale, insieme ad interventi sociali, formativi, lavorativi, educativi e di controllo per la prevenzione di nuovi reati, in grado di gestire adeguatamente i rischi e valutare esiti e benefici. È questa la chiave per affrontare il tema della prevenzione di reati come i femminicidi e le violenze intrafamiliari. Una via che la riforma “gentile” ha indicato come possibile, un segno che ogni cambiamento nel trattamento delle persone con disturbi mentali marca la creazione di un nuovo ‘patto sociale’ che riguarda tutti. È questa la via che va perseguita e coraggiosamente proseguita.

L’autrice chiarisce bene la differenza fra Trattamenti Sanitari Obbligatoriosi e le caratteristiche del ricovero in REMS, che si configura come un intervento di/nella comunità. Quindi non possono venire meno le condizioni della volontarietà delle cure, del numero chiuso, della territorialità, della non coercizione. Del tutto irrealistica è la richiesta di applicare l’ordinamento penitenziario nelle REMS. Occorre piuttosto fare un passo avanti anche dal punto di vista terminologico: persone ospiti e non internati o minorati! I Regolamenti delle REMS e i Percorsi Terapeutico Riabilitativi (PTRI) nell’ambito di quelli dei Dipartimenti di Salute Mentale sono i nuovi riferimenti.

Questa visione non risulta affatto neutrale quando si cerca di quantificare il fabbisogno di posti (REMS o altro tipo) e le risorse necessarie non tanto per cercare collocazioni (‘dove lo metto?’) ma per costruire percorsi (‘cosa facciamo insieme?’).

La cura psichiatrica non può contenere al proprio interno il controllo, la custodia, la prevenzione della commissione di altri reati. Può concorrere al raggiungimento di una migliore condizione di salute e nel farlo la psichiatria attuale segue criteri tecnico-scientifici orientati all’appropriatezza, alla modulazione dell’intensità di cura, all’efficacia e all’efficienza. La gestione dei processi ha un carattere unitario in una logica di comunità e con il superamento degli Ospedali Psichiatrici, compresi quelli Giudiziari, la comunità sociale diviene essenziale per cura, riabilitazione e inclusione sociale. Non è cambiato solo il luogo di esecuzione delle misure di sicurezza detentive ma anche la loro natura e finalità, rendendo centrale la cura<sup>1</sup> rispetto alla privazione della libertà e alla custodia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La sentenza 253/2003 della Corte Costituzionale in riferimento alle misure di sicurezza, afferma che esse rispondono contemporaneamente ad entrambe le finalità, collegate e non scindibili di assicurare cure adeguate e contenere la pericolosità sociale, ed aggiunge che “le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno anziché vantaggio, alla salute del paziente”.



Infatti, la legge 81/2014 considera residuale il ricorso alle misure di sicurezza detentive e soprattutto prevede che per la loro disposizione non possano essere prese in considerazione “le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo” (art.133 c.p. comma 2 punto 4). Seppure indirettamente, viene con ciò indicato che i servizi sociali e sanitari debbano operare per rimuovere le condizioni personali, familiari e sociali che incidono nel determinare in OPG i c.d. ‘ergastoli bianchi’ ed ora creano situazioni di stallo e indimissibilità nelle REMS e nei Servizi psichiatrici. In altre parole, si indica di affrontare i determinanti sociali della salute. Un punto che va tradotto nelle pratiche operative anche di tipo preventivo.

La prospettiva della cura e del reinserimento sociale dei pazienti con disturbi mentali ha assunto un ruolo centrale e, per quanto attiene la sanità, vede un sistema unitario che va dalle attività in Istituto di Pena fino alla casa della persona. Questo rende evidente come logiche binarie fondate su norme rigide ed automatismi (incompatibilità della misura di sicurezza detentiva con il carcere) debbano essere sostituite da criteri condivisi, da flessibilità, dalla capacità di creare percorsi di continuità delle esperienze, costruiti con/per la persona e coinvolgendo il suo contesto di riferimento (‘intervento bifocale’). Si tratta di procedere nella via della responsabilizzazione, dell’elaborazione dei vissuti, della riparazione possibile, della conciliazione.

Attuare misure giudiziarie e di cura di comunità comporta la necessità di affrontare le condizioni cliniche ed insieme le condizioni di lavoro, alloggio, reddito, i problemi familiari e sociali. Per questo serve una cultura dei diritti/doveri, nuove risorse di personale e strumenti nuovi (es. Budget di Salute), creando insieme a servizi sociali, UEPE, Forze dell’Ordine, Magistratura, un ‘doppio patto’ (per la cura e la sicurezza) con la persona.

Non più un modello dicotomico (uno per i sani e l’altro per i malati di mente) ma un modello multimodale ‘a matrice’ dove s’incrociano a più livelli bisogni di cura (diritto alla salute) e di rieducazione/riabilitazione, necessità di controllo, custodia per prevenire nuovi reati (diritto alla sicurezza), ed esigenze giudiziarie (diritto alla giustizia).

---

<sup>2</sup> A questo proposito va constatato come diverse REMS abbiano ereditato approcci di controllo presenti in OPG ma non sempre in linea con le esigenze della cura e la tutela dei diritti. Vi è ancora aperto il tema dei Regolamenti delle REMS che non possono applicare quello Penitenziario.



Non si può parlare di fallimento della legge 81/2014 in quanto la libertà vigilata è divenuta prevalente e da una stima il rapporto tra il numero di persone con libertà vigilata e misure di sicurezza detentive è di 10/1. Il 65-70% delle persone con libertà vigilata sono ospiti delle Residenze Psichiatriche<sup>3</sup>.

Nel nuovo contesto operativo, la collocazione in REMS non fa venire meno il bisogno di controllo sociale, che spetta alle Forze dell'Ordine, per tutelare la comunità e fronteggiare il rischio antisociale e criminale anche della persona con disturbi mentali.

Il paradigma dei trattamenti di salute mentale attuali, orientati all'inclusione sociale e alla *recovery*, ha sostituito quello custodialistico, nella sostanza sanzionatorio, dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario.

Oggi si tratta di completare la riforma senza pericolose involuzioni. Inserire qualcuno in un progetto di cura (ma anche in una misura giudiziaria di comunità) implica un lavoro complesso che va ben al di là delle competenze del DAP, che non sa né inserire, né tanto meno ha competenze per curare. Infatti, si tratta di uscire da una logica esecutiva, burocratica, operativa e delegante in favore di assunzione di reciproche responsabilità.

Né si può pensare che la cura si possa fare a condizioni poste da altri, su persone inviate in modo inappropriato e senza adeguate valutazioni. I medici devono essere liberi di curare secondo principi tecnico-scientifici di appropriatezza, efficacia ed efficienza che prevedono livelli di cura precisi. Non si può curare tornando alla legge 36 del 1904. A questo proposito appare del tutto inappropriato l'utilizzo degli SPDC per mere ragioni giudiziarie.

L'augurio è che la sentenza della Corte valorizzi il percorso di riforma, faciliti e stimoli quel lavoro congiunto tra giustizia e psichiatria, auspicato sia dal Consiglio Superiore della Magistratura sia dal Comitato Nazionale per la Bioetica<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> P. Pellegrini, G. Paulillo, V. Giannattasio, M. Mozzani (2018) "Pratiche "no restraint" per i pazienti autori di reato", *Sestante*, 6, pp. 45 ss. Stimando in circa 4.500 le persone con misure giudiziarie ospiti di Residenze Psichiatriche, esse occupano il 15% dei posti con un impegno di spesa sanitaria pari a circa 200 milioni di Euro/anno.

<sup>4</sup> Risoluzione Fasc. 37/PP/2016, Disposizioni urgenti in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), di cui alla legge n. 81 del 2014. Questioni interpretative e problemi applicativi, 19 aprile 2017, scaricabile dal sito di La società della ragione, <https://www.societadellaragione.it>.

Comitato Nazionale per la Bioetica (2017) *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi di bioetica*, parere del 21 settembre 2017.



Sarebbe assai pericoloso un ritorno indietro del sistema e ciò renderebbe impossibile alla sanità la gestione delle strutture e i percorsi di cura. L’inserimento in un percorso diagnostico e terapeutico ha precise indicazioni, condizioni, livelli di assistenza che vanno altamente personalizzati e devono essere rigorosamente rispettati.

Eseguire al meglio una misura di sicurezza implica la presenza di un programma di cura che si realizza solo con modalità che vedono la posizione dei sanitari e il mandato terapeutico come centrali e decisivi. Altrimenti la misura in se stessa come si esplica? Con quali interventi? Viene citata la questione della lista di attesa, dalla quale muove l’Ordinanza di Tivoli, per rivendicare un ruolo del DAP e altri posti REMS? Le liste di attesa vanno risolte e per questo vi sono ipotesi e proposte concrete che anche l’Autrice in parte riporta.

Occorre passare dalla lista di attesa per un posto all’attesa di un cambiamento, di un progetto condiviso da sviluppare insieme nella concretezza della vita e delle situazioni. Occorre farlo per tutti e subito, per rispondere all’attesa di vita delle persone, al loro presente per costruire il futuro. Attesa di incontri, diritti, speranze, evitando la solitudine e l’abbandono. Un profondo cambio di paradigma che permette di capire come e cosa si vuole fare.

Questo ha un forte impatto anche sulla programmazione dei servizi. Ad esempio, prima della 180 i posti in manicomio erano circa 100.000, adesso tutti i posti residenziali e ospedalieri sono circa un terzo. La cura nel nuovo sistema si svolge nel territorio: è la casa della persona il primo e principale luogo di cura, anche per l’autore di reato.

Per quanto si siano fatti sforzi per la chiusura degli OPG, vi è da rilevare che l’utilizzo delle REMS può notevolmente migliorare: solo la metà dei posti REMS sono destinati a misure definitive, il 41% a misure provvisorie e quelle ai sensi dell’art. 219 c.p. Questi dati richiederebbero un forte ripensamento dei percorsi giudiziari anche ai fini della migliore realizzazione della diagnosi e delle cure, che devono essere impostate secondo il modello biopsicosociale.

Se si vuole mettere in discussione il principio della gestione esclusivamente sanitaria delle REMS e permettere al DAP di assegnare alle strutture i soggetti sottoposti a misura di sicurezza, anche superando i principi di territorialità e del numero chiuso delle strutture, si commetterebbe un gravissimo errore rischiando di minare gravemente il diritto alla salute,



che invece va costruito con un'azione congiunta, sociale e sanitaria di concerto, per gli autori di reato, con la giustizia.

Concordo pienamente con le conclusioni di Katia Poneti!



# Vizio di forma. La disabilità come elemento sfuggente alla ‘forma standard’

Ciro TARANTINO\*  
Università della Calabria

**ABSTRACT:** The study aims at outlining the fundamental features of the social status of disability in Western Europe at the time of its deindustrialization. Based on the analysis of the polarization of cultural contents competing for the semantic field of the term, the reconstructive hypothesis is that modernity has inscribed disability as a prototypical figure of the flaw of form; that is, a paradigm of those experiences that violate the fundamental codes of a culture, disturbing the sense of the adequate and the expected. The historical conditions that made this process possible are traced in the affirmation of the contractual society, first, and then in the model of production and enhancement of goods based on the standard form. In this context, the disability results in a structural resistance to the standard form

## 1. Catecorematica

L'intenzione di questo studio è tratteggiare lo statuto sociale della disabilità in Europa occidentale nell'epoca della sua deindustrializzazione, un intervallo spaziotemporale sufficientemente continuo e omogeneo che si è aperto nell'ultimo quarto del XX secolo e che non pare ancora chiuso. Proverò a tracciarne delle linee essenziali, rinunciando a molte altre e, di certo, dimenticandone alcune. Questo tentativo, per non essere inconsistente, richiede però, in via preliminare, che venga sospesa l'evidenza ingenua che ammantava una nozione tanto quotidiana e così familiare come quella di ‘disabilità’ che ne è il presupposto. Bisogna

---

\* Contatto: [Ciro TARANTINO | ciro.tarantino@unical.it](mailto:Ciro TARANTINO | ciro.tarantino@unical.it)



“corrodere la sua evidenza”<sup>1</sup>, farne emergere l’instabilità, ricollocarla fra le figure inquiete alle quali appartiene. Assumo intanto, in prima approssimazione, ‘disabilità’ come paradigma del termine di livello più generale e di uso più comune col quale una cultura designa il sistema di somiglianze e affinità che ordina le esperienze-limite connesse alle menomazioni.

In Italia il lemma ‘disabilità’ ha acquisito questo ruolo nel giro di pochi anni all’inizio del XXI secolo, per traslazione dall’inglese, incuneandosi nel *linguistic turn* impresso dall’adozione della United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)<sup>2</sup> e soppiantando i suoi predecessori. Le opere di ricostruzione storica ne sono una traccia significativa: ancora nel 2000, per esempio, Andrea Canevaro e Alain Goussot intitolavano la prima indagine organica in argomento “La difficile storia degli handicappati”<sup>3</sup>; pochi anni dopo, Massimo Fioranelli avrebbe scritto “Appunti per una storia della disabilità”<sup>4</sup> e Matteo Schianchi una “Storia della disabilità”<sup>5</sup>. In altri contesti linguistici questo ruolo può essere svolto da altri termini – *discapacidad*, *handicap*, *Behinderung*... – che, pur con le diverse inflessioni incise dalla storia, in questa funzione risultano sostanzialmente sinonimici.

In questa chiave, disabilità è una categoria artificiale che isola una serie di esperienze del limite, individuali e collettive, tramite l’istituzione di soglie che instaurano uno spazio d’analogia. Non disponiamo ancora di una compiuta ontologia sociale di questa “cosa sociale” – nel lessico di Gabriel Tarde<sup>6</sup> – che con una parola recente chiamiamo ‘disabilità’, tanto che abbiamo una conoscenza ancora incerta persino delle aree di aderenza e sovrapposizione con le esperienze storicamente contigue della malattia, della vecchiaia, della bruttezza, della deformità. Sappiamo, però, dalla sua stessa struttura categoriale che, perché questa entità sociale possa assumere una conformazione concreta e possano esserle assegnate

<sup>1</sup> A.I. Davidson (2001) *The Emergence of Sexuality: Historical Epistemology and the Formation of Concepts*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001; trad. it. (2010) *L’emergenza della sessualità. Epistemologia storica e formazione dei concetti*, Macerata, Quodlibet, p. 8.

<sup>2</sup> Adottata con risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, con Protocollo opzionale, il 13 dicembre 2006 (A/RES/61/106) ed entrata in vigore il 3 maggio 2008. Ratificata dall’Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18.

<sup>3</sup> A. Canevaro, A. Goussot [a cura di] (2000) *La difficile storia degli handicappati*, Roma, Carocci.

<sup>4</sup> M. Fioranelli (2011) *Il decimo cerchio. Appunti per una storia della disabilità*, Roma-Bari, Laterza.

<sup>5</sup> M. Schianchi (2012) *Storia della disabilità. Dal castigo degli dèi alla crisi del welfare*, Roma, Carocci.

<sup>6</sup> G. Tarde (1901) “La réalité sociale”, *Revue philosophique de la France et de l’étranger*, 26(52), p. 460.



delle pertinenti partizioni del reale, si rende necessario un duplice intervento: a un primo livello, di definizione dei criteri che sovrintendono al sistema di coerenze in cui si sostanzia la disabilità; a un secondo livello, di composizione delle tassonomie empiriche che discendono dall'applicazione dei principi ordinatori. Sintesi di forma e sostanza del contenuto, la disabilità è come una scultura in rilievo che emerge da un lavoro di intaglio dei limiti delle esperienze-limite che, con discrezione, interrompe il *continuum* del reale. In sostanza 'disabilità' è solo una parola d'ordine; il segno linguistico di una certa ordinabilità delle cose che si attualizza negli specifici ordini empirici derivati dai diversi principi di ordinamento delle cose.

Allora, proprio perché forma e forme della disabilità non sono un *a priori*, lo statuto sociale della disabilità è in correlazione con quella tensione costitutiva fra accordo e disaccordo che ne genera il "contenuto nucleare", la sua interpretazione collettiva<sup>7</sup>. In altri termini, il valore posizionale della disabilità in campo sociale è strettamente connesso all'ordine posizionale del suo significato in campo semantico<sup>8</sup> che è determinato a sua volta dallo stato di equilibrio fra più forze: dalla spinta impressa dai termini distintivi – concorrenti o complementari – che, dall'esterno, ne comprimono i confini, e dalle correlative contropinte, e dalla pressione interna esercitata da contenuti culturali che cercano di fagocitarne il significato. Ora, da un certo tempo, più che da controversie con termini oppositivi, il campo semantico di questo lemma polisemico è circoscritto soprattutto dall'attrito fra quelle che possono essere interpretate come due "unità culturali" o come due varianti della medesima unità culturale<sup>9</sup> che lo abitano e che se ne contendono il monopolio del significato, l'imposizione di un senso unico<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. U. Eco (1997) *Kant e l'ornitorinco*, Milano, Bompiani, § 3.3, 3.5, 4.7.

<sup>8</sup> Cfr. L. Hjelmslev (1943) *Omkring Sprogteoriens Grundlæggelse*, København, Ejnar Munksgaard; trad. it. (1987) *I fondamenti della teoria del linguaggio*, Torino, Einaudi.

<sup>9</sup> Cfr. U. Eco (1975) *Trattato di semiotica generale*, Milano, Bompiani, § 2.6, 2.8.

<sup>10</sup> Per una panoramica degli approcci alla disabilità, cfr. T. Shakespeare (2014) *Disability Rights and Wrongs Revisited*, Londra, New York, Routledge; e M.G. Bernardini (2016) *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari fra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, Giappichelli.



## 2. Due concetti di anomalia

Una prima concettualizzazione concepisce la disabilità come una nozione mobile e relazionale. Per questa unità culturale disponiamo di un interpretante particolarmente significativo, vale a dire la sua cristallizzazione nel testo della CRPD. Con un primo movimento, la lettera e) del *Preambolo* riconosce che “la disabilità è un concetto in evoluzione”; né parola originaria né primitivo semiosico, dunque, ma nozione discontinua, alterabile, dall’epistemologia mutevole, empirica e non trascendentale, forma grammaticale del pensiero che la anima. Subito dopo, con un secondo movimento interno alla stessa lettera e), la Convenzione ne fissa il significato allo stadio attuale del processo storico, riconoscendo che “la disabilità è il risultato di un’interazione tra persone con menomazioni e barriere attitudinali ed ambientali che ostacola la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri” (trad. mia). Il contenuto è ribadito al comma 2 dell’articolo 1, laddove si dice che “per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri”. In realtà, la CRPD sembra introdurre una distinzione operativa tra ‘disabilità’ e ‘persone con disabilità’: le persone con disabilità possono o non possono (*may*) trovarsi in situazione di disabilità. Comunque sia, la disabilità è la forma di una relazione; l’assetto ostativo a un tipo qualificato di vita in comune determinato dall’interazione fra una condizione individuale e un oggetto sociale identificato come ostacolo. Per inciso, è ancora da indagare l’omologia fra le barriere ostative individuate dalla CRPD e gli ‘ostacoli’ presenti all’articolo 3, comma 2, della Costituzione repubblicana. La configurazione materiale di questa relazione ineguale è funzione delle combinazioni plurime che derivano dall’area di significato che delimita i due poli della relazione – ‘*impairments*’ e ‘*barriers*’ – che sono, a loro volta, circoscritti dall’estensione effettiva dei sottoinsiemi ‘*long-term*’, ‘*physical*’, ‘*mental*’, ‘*intellectual*’ o ‘*sensory*’ per il polo degli *impairments* e di ‘*various*’ per il polo delle *barriers*. In ogni caso, a prescindere dalla variabilità dei *taxa* costitutivi, in questa accezione la disabilità è una particolare situazione incapacitante e, allo stesso tempo, una forma di disuguaglianza.



Questa concezione, sedimentata nella CRPD, nasce sostanzialmente in chiave strategica e in funzione polemica in seno ai movimenti per i diritti delle persone con disabilità che hanno assunto consistenza a partire dagli anni Sessanta del XX secolo. Si tratta di una conoscenza prevalentemente riflessiva che si impianta su di una impostazione di fondo trasversale a molte lotte per l'emancipazione generate dal secondo Novecento; lotte accomunate dalla contestazione dell'assoggettamento indotto dalle sclerosi identitarie e dalle marchiature categoriali e, correlativamente, dalla rivendicazione di un diritto alla differenza. E, difatti, nella CRPD si rinviene traccia anche di questa rivendicazione di pari dignità ontologica: la lettera d) dell'articolo 3 annovera fra i principi generali "il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa".

Una seconda rappresentazione iscrive, invece, la disabilità nella persona, individualizzandola. In quest'ottica, la disabilità è la condizione intrinseca di chi manca o è carente di alcune capacità – rispetto a una certa soglia di normalità – a causa di un deficit. Così intesa, la disabilità si configura come l'articolazione di una doppia mancanza, come una mancanza per mancanza: una mancanza di standard individuali quale nesso eziologico di una mancanza di standard funzionali. Questa struttura concettuale, interamente ripiegata sulle componenti difettive, determina una plurima iscrizione sociale della disabilità. A un primo livello, la disabilità è inserita fra le figure dell'improprio; in quell'insieme eteroclitico che fin dagli inizi della modernità raccoglie la classe dei non proprietari, instaurando strane connessioni fra proprietà individuale e proprietà di sé<sup>11</sup>. Questa annotazione nel Registro generale dell'improprio, nel quale una cultura annota minuziosamente e incessantemente gli scarti dall'analogo e dall'omologo, è rivelata da un lessico della povertà che largamente attinge al vocabolario della 'pauperologia' medievale e moderna, in cui rientrano epiteti

---

<sup>11</sup> Cfr. R. Castel, C. Haroche (2001) *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Paris, Fayard; trad. it. (2013) *Proprietà privata, proprietà sociale, proprietà di sé. Conversazioni sulla costruzione dell'individuo moderno*, a cura di C. Tarantino e C. Pizzo, Macerata, Quodlibet; C. Tarantino, A.M. Straniero (2014) *La Bella e la Bestia. Il tipo umano nell'antropologia liberale*, Milano, Udine, Mimesis.



commiserativi, diminutivi grammaticali e sociali – ‘poverino’ ... –, nomi collettivi – ‘poveri di spirito’.

A un secondo livello, la disabilità è annoverata fra le figure dell’anomalia e distribuita su scale di difformità. È in questo punto che si registra la massima tensione e la più ampia distanza fra le due concettualizzazioni della disabilità, fino al limite di elasticità del termine. Il primo e il secondo significato del termine ‘disabilità’ si fanno, infatti, interpreti di due forme e due piani diversi dell’anomalia. Nella prima accezione (D1), disabilità è un’anomalia della vita sociale; nella seconda (D2), un’anomalia della vita individuale. Nella prima accezione, disabilità è un impedimento alla piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri, dunque un’anormalità rispetto agli standard di una partecipazione sociale qualificata; nella seconda accezione, disabilità è un’anormalità rispetto agli standard di una conformazione individuale. Si tratta di due piani di ostruzione del possibile<sup>12</sup>, ma mentre D1 ingloba e sussume D2, non vale il reciproco.

A un terzo livello, la rilevanza accordata a un’identificazione per scostamento dall’ordine regolare ascrive la disabilità fra le figure del disordine<sup>13</sup>, fino a farne probabilmente la prototipica figura del disordine<sup>14</sup>, dato che – almeno a credere alle capacità rivelatrici della lingua – la disabilità (capostipite di una famiglia lessicale allargata) è ormai l’unica fra le figure sociali dell’alterità vigenti che trattiene nella propria stessa denominazione il prefisso ‘dis-’ come principio di identificazione per differenza e disvalore, dopo la dismissione prima del disfattista e poi del dissidente. Di fatto, la disabilità è un non-essere; lo scarto rispetto a un essere di riferimento, un certo grado di separazione. Quale sia questo essere canonico lo indica il lessema a cui è affisso il morfema ‘dis-’: disabilità è una percentuale di non conformità rispetto a un inestinguibile *homo habilis*. In questo senso, anche D2 rivela in fondo una natura relazionale, solo che, in questo caso, non rappresenta lo iato rispetto a una forma di vita collettiva assunta a parametro di riferimento, ma si sostanzia

<sup>12</sup> Cfr. C. Tarantino (2014) *Lo In e lo Im. Particole di sociologia*, in C. Tarantino e A. Givigliano [a cura di], *La possibilità sociale*, Macerata, Quodlibet, pp. 15-31; e C. Tarantino, C. Pizzo (2015) *La sociologie des possibles*, Paris, Mimesis.

<sup>13</sup> Cfr. G. Balandier (1988) *Le désordre. Eloge du mouvement*, Paris, Fayard, 1988.

<sup>14</sup> Cfr. C. Tarantino (2020) “La disabilità e lo spirito d’Europa”, in F. Cerrato e M. Lalatta Costerbosa [a cura di], *L’Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, Bologna, Il Mulino, pp. 173-187.



nel differenziale fra un tipo umano ideale e un tipo umano reale, con tutti i pericoli connessi alle possibili reificazioni dell'*Idealtypus* che, secondo l'avvertimento di Max Weber, non solo “non è la realtà storica, e neppure la realtà ‘autentica’” ma “tanto meno può servire come uno schema al quale la realtà debba essere subordinata come esemplare”<sup>15</sup>.

Dopotutto, per quanto in modi radicalmente diversi e difficilmente conciliabili, dal punto di vista strutturale in entrambi gli approcci la disabilità si configura come lo spazio graduato di un non-essere che si distribuisce nelle dimensioni dell'incompletezza, dell'incompletezza o dell'imperfezione. Per esempio, nel quadro concettuale di D1, la CRPD in oltre trenta occorrenze assume il livello di pienezza (di godimento dei diritti, di partecipazione sociale...) come termine di riferimento in base al quale valutare la sussistenza o meno della disabilità, associandola dunque a un tasso di vuoto. Forse, *Quello che non* è il nome del noema della disabilità.

### 3. L'elemento indocile

Sulla base di questa struttura difettiva, nella percezione sociale la disabilità viene sostanzialmente assimilata a un vizio di forma; vizio della forma regolare del vivere collettivo in un caso, vizio della forma regolare del vivente nell'altro. D'altronde, mi sembra un solido indizio della rilevanza e della persistenza nella nostra tradizione di pensiero della categoria di 'vizio' associata alla disabilità il fatto che il codice penale italiano ancora oggi integri 'vizio totale di mente' e 'vizio parziale di mente' la rubrica degli articoli 88 e 89 inerenti alle cause che escludono o limitano l'imputabilità e sulle quali storicamente si innesta il circuito psichiatrico-giudiziario<sup>16</sup>, tema fondativo per la questione sociale disabilità.

---

<sup>15</sup> M. Weber (1904) “Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XIX, 1904, pp. 22-87; trad. it. (2003) “L'«oggettività» conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale”, in M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Torino, Einaudi, p. 64.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione storico-comparatistica degli istituti e della materia, cfr. M. Bertolino (1990) *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè; e M. Pelissero (2008) *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli.



Ora, l'inquadramento della disabilità nel sistema storico dei vizi incide profondamente sul suo statuto sociale data la connotazione negativa di cui il vizio è intriso nella cultura occidentale, a partire da una lunga tradizione teologica<sup>17</sup>. Ma, mentre in D1 la negatività si scarica su di una forma ineguale e discriminante di vita sociale, in D2 il negativo diventa consustanziale all'individuo ritenuto portatore di una forma impropria del corpo o dello spirito. In questo secondo caso, il vizio di forma registra gradazioni e degradazioni di una illegittimità sociale, permanentemente in bilico fra colpa e destino<sup>18</sup>.

A titolo indicativo, riporto due frammenti eterogenei estratti da un *corpus* sterminato. A inizio settembre del 2013, incollato col nastro adesivo sul vetro di un portoncino, all'ingresso dell'istituto gestito dalle suore del Pio Monte della Misericordia a Casamicciola Terme, un comune dell'isola di Ischia, viene affisso un piccolo foglio su cui è stampato in maiuscolo: "Avviso. Si comunica che domani 05/09/2013 la scuola è chiusa per tutti, perché c'è la giornata per i disabili... sono molto malati quindi i bambini si impressionano. Grazie. La Direzione". Le parole 'Avviso' e 'tutti' sono sottolineate a mano, a tratto doppio, con un pennarello rosso. Si tratta di un minuscolo esempio, assolutamente ingenuo e di "impareggiabile cialtroneria lessicale" – come ha scritto Franco Bomprezzi<sup>19</sup> – eppure, proprio per questo, rivelatore involontario di un diffuso senso comune.

Ma, probabilmente, un piccolo elenco custodisce per intero la sostanza cupa del vizio di forma come male incorporato: si tratta della lista dei messaggi ricevuti in rete da Ilaria Bidini che ne ha pubblicamente letto una selezione in sequenza nel giugno 2017<sup>20</sup>. Eccone la trascrizione:

Ciao Cyber nana – così ti chiamiamo ad Arezzo – ma lo vedi quanto fai schifo? Tu sei il mostro di Arezzo. Quando passi facciamo gli scongiuri, ci

<sup>17</sup> Cfr. C. Casagrande, S. Vecchio (2000) *I sette vizi capitali. Storia dei peccati nel Medioevo*, Torino, Einaudi.

<sup>18</sup> Cfr. C. Tarantino, A.M. Straniero [a cura di] (2017) "Inherent Vice" [Monographic Issue], *Minority Reports. Cultural Disability Studies*, 5.

<sup>19</sup> F. Bomprezzi (2013) "Ma la suora di Casamicciola ha scritto (male) un'amara verità", in *Corriere della Sera*, blog *InVisibili*, dell'8 settembre 2013, disponibile al seguente indirizzo: <https://invisibili.corriere.it/2013/09/08/ma-la-suora-di-casamicciola-ha-scritto-male-unamara-verita/>.

<sup>20</sup> La lettura è registrata in un video realizzato da Saverio Tommasi per *fanpage.it*.



tocchiamo le palle perché porti male. Sei la miss Toscana della bruttezza e della deformità, sei un cesso inutile.

Nanoide, sai che nessuno si innamorerà di te?

Ma ti guardi allo specchio? Tutti hanno pena di un essere deforme come te. Gli amici che hai, gli fai pena a tutti.

La laurea che hai te la regalano, come potrebbero non darla a una handicappata deforme come te?

Ma la vedi la differenza fra una donna normale e un aborto come sei tu? Nessuno vorrebbe essere come te.

Ciao nullità deforme, non puoi fare un cazzo da sola. Come arrivi agli scaffali del supermercato senza che qualcuno ti aiuti? Dai, fai ridere tutti quando giri da sola.

Sei un fenomeno da baraccone.

Solo un malato mentale potrebbe trovarti interessante.

Il nasone enorme e gobbo, le braccia lunghissime rispetto al corpo nano, hai i denti marci e i capelli sudici: mio dio, che orrore sei! Sei solo un mostriciattolo deforme su cui sfogare le proprie depravazioni.

In università gira la tua foto e tutti ridono. Ma dove compri i vestiti? Dalla Chicco?

Ma quando ti portano in macchina, ti mettono sul seggiolino per i bambini?

Dio mio, vestita fai pena, chissà nuda, farai schifo. Strana, schifosa, perché non fai un numero da circo?

Cammina sulle braccia, tanto le gambine corte è come se non le avessi. Tanto solo questo puoi fare: lavorare in uno show di mostri. Un tempo i deformati come te lavoravano lì.

Se tu potessi entrare negli occhi di chi ti guarda con i tuoi occhi vedresti un essere deformato, una specie di alieno, un mostriciattolo, una scimmietta.

Chissà i tuoi genitori quante volte si sono pentiti di non aver potuto vedere se avevi osteogenesi imperfetta, altrimenti avrebbero abortito e ora avrebbero una vita felice, con una bella figlia alta e slanciata.

Guarda che la gente si spaventa quando vai in strada, soprattutto i bambini. Gli orrori dell'osteogenesi ti hanno preso pure il volto. Ma lo vedi quanto sei brutta? Gli occhi strabici da pesce lesso, in quella faccia infantile. Sei un mostro!

Se si prosciugano questi due testi dal paternalismo, in un caso, e dall'astio, nell'altro, che li provocano e li pervadono, ciò che resta è l'architettura di un sistema di rigetto della forma atipica che scopre, per un momento e forse solo per lucidarli, i perni su cui si innesta. Questo sistema si radica in un'immagine della disabilità come *defectus corporis* e *vitium mentis* ancora egemone che comincia appena a essere infastidito dall'idea di disabilità infusa nell'inchiostro della CRPD.

Disponiamo di frammenti molto specifici della lunga storia di questa immagine, ma molte sono le lacune nella sua genealogia. Di certo un ruolo stabile nella sua costituzione deve essere svolto dall'elemento di turbativa degli ordini percettivi insiti nella disabilità. La percezione sociale registra e isola, infatti, ciò che in un certo tempo è inconsueto, inatteso, incongruo, e le fenomenologie della disabilità propongono necessariamente altre forme del corpo, altre *formæ mentis*, altre forme dell'interazione. La disabilità scuote, dunque, le abitudini percettive di una cultura; anche per questo, probabilmente, la si identifica con un vizio, termine che fra le sue accezioni maggiori ha proprio quella di abitudine nociva, in una torsione etimologica dal fisico al morale.

Un secondo ruolo deve essere assegnato al fatto che diverse sue manifestazioni si pongono ai margini di uno o più sistemi di pratiche: del sistema lavorativo di produzione, del sistema familiare di riproduzione, del sistema di scambio simbolico o del sistema dei rituali ludici.

Ritengo, però, che su queste dinamiche di lunga durata si siano innestati e stratificati due processi relativamente più recenti che hanno profondamente riconfigurato e notevolmente accentuato la percezione del vizio di forma. Il primo è, al principio dell'età moderna, l'affermazione della cosiddetta *Contractual Society*<sup>21</sup> che ha inasprito il regime della fiducia e infoltito le schiere degli individui inaffidabili<sup>22</sup>. Il nuovo spazio sociale, dominato dal credito e dalle sue istituzioni<sup>23</sup>, è insofferente nei confronti di tutto ciò che turba

<sup>21</sup> Cfr. C. Muldrew (1988) *The Economy of Obligation. The Culture of Credit and Social Relations in Early Modern England*, Londra, Palgrave Macmillan.

<sup>22</sup> Cfr. P. Prodi [a cura di] (2007) *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna, Il Mulino.

<sup>23</sup> G. Todeschini (2016) *La banca e il ghetto. Una storia italiana*, Roma, Bari, Laterza.



l'orizzonte delle attese e relega in una cittadinanza pragmatica minore interi gruppi di soggetti civici, a vario titolo, reputati incredibili.

Il secondo processo attiene alla preponderanza assunta, sul finire del XIX secolo, dalla 'forma standard' quale modello di produzione e valorizzazione delle merci. Troppo spesso, infatti, si sottovaluta quanto, nella società industriale, l'esperienza del reale sia derivata dalla immersione massiccia e continua degli attori sociali nell'universo della merce. Ebbene, in questo modello di sviluppo industriale "l'esemplare è apprezzato solo in quanto riproduzione perfetta del prototipo, cioè non presentandosi in quanto tale ma solo in quanto rappresentante – in veste di emissario – delle proprietà prototipiche che personificano il suo modello"<sup>24</sup>. L'intero sistema si basa cioè sulla fiducia di conformità al prototipo, per cui ogni smagliatura nell'omogeneo non è una differenza ma un difetto, un vizio di forma appunto. Ragione per cui la disabilità, archetipico deficit di congruenza, è il più indocile elemento sfuggente alla forma standard. Ma, quando appena iniziamo a seguirne i fili, la grande deindustrializzazione delle società occidentali probabilmente già turba la trama muta della nostra esperienza della disabilità.

---

<sup>24</sup> L. Boltanski, A. Esquerre A. (2017) *Enrichissement. Une critique de la marchandise*, Paris, Gallimard; trad. it. (2019) *Arricchimento. Una critica della merce*, Bologna, Il Mulino, pp. 214-215.



# Prisons in the Republic of North Macedonia

Elena M. TRPEVSKA\*

Macedonian Academy of Sciences and Arts

Gordana LAŽETIĆ

Faculty of Law, University of Ss. Cyril and Methodius

**ABSTRACT:** The Macedonian system of sanctions represents an integrated, pluralistic penalty system focusing on punishment as the main sanction. However, the main priority of Republic of North Macedonia should be enabling the alternative system of sanctioning for the first-time offenders, crimes of negligence and minor crimes. The prison sentence should not be considered in any way the sole response for breaches of a legal standard or crimes. With the introduction of The Law on Sanctions Execution in 2019, a new phase of the prison system and penal policy in the Republic of North Macedonia began. This article will analyze the forms of treatment for prisoners and the main challenges faced by the prison system today: conditions and overcrowding, ethnic diversity and religion, legal remedies, education, health treatment, and the special treatment of child offenders

## 1. General country background

Based on an agreement with Greece from June 2018, the country, previously known as the Former Yugoslav Republic of Macedonia<sup>1</sup> has renamed into Republic of North Macedonia (hereinafter: RNM). This renaming took effect in February 2019.

The most common religion is Orthodox Christianity, practiced by most of the ethnic Macedonians. Islam is the second-largest religious group consisted mainly of Macedonian

---

\* Contact: Elena Mujoska TRPEVSKA | emujoska@manu.edu.mk

<sup>1</sup> Often referred to as FYRM or FYR of Macedonia; the previous name will still be found in papers and reports published prior February 2019.



citizens from Albanian, Turkish and Bosnian ethnicity. In the period 2009-2019, there has been a continuous increase in the number of immigrated foreigners in the RNM<sup>2</sup>.

The Stabilisation and Association Agreement (SAA) between the RNM and the EU entered into force in April 2004, RNM is a candidate country since 2005, and for ten years there are continuously recommendations to the Council to open accession negotiations. Although there has been achieved progress, in June 2019 the Council postponed its Decision to no later than October 2019. Still, in October 2019 the Council has decided to “revert to the issue of enlargement before the EU-Western Balkans summit in Zagreb in May 2020”. On 26 March 2020, the European Council endorsed the Council’s Decision to open accession negotiations with RNM<sup>3</sup>. However, since the latest veto by the Republic of Bulgaria, the European future of the RNM is seriously jeopardized. At the same time, the efficiency of EU policies in the Western Balkans has been seriously endangered.

## 2. Macedonian system of sanctions

### 2.1. Legal framework

#### *2.1.1. Criminal Code, criminal policy and alternative sanctioning*

The system of sanctions represents an integrated, pluralistic penalty system focusing on punishment as the main sanction. It is provided in the Criminal Code of the Republic of North Macedonia (hereinafter CCRNM)<sup>4</sup> which includes punishments, alternative measures, safety measures and educational measures. According to CCRNM, imprisonment and its alternatives are the only sanctions for adult, accountable, and guilty perpetrators, except for

---

<sup>2</sup> Last official Census was conducted in 2002. State statistical office, Macedonia in figures, 2019, available at: <http://www.stat.gov.mk/publikacii/2020/Macedonia%20in%20figures-2020-web.pdf>, last access: 25 April 2021.

<sup>3</sup> North Macedonia 2020 Report, EC Brussels, 6.10.2020 SWD(2020) 351 final, available at: [https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/north\\_macedonia\\_report\\_2020.pdf](https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/north_macedonia_report_2020.pdf).

<sup>4</sup> Criminal Code of the Republic of North Macedonia, Official Gazette, No. 37/1996; 80/1999; 48/2001; 4/2002; 16/2002; 43/2003; 19/2004; 40/2004; 81/2005; 50/2006; 60/2006; 73/2006; 87/2007; 7/2008; 139/2008; 114/2009; 51/2011; 51/2011; 135/2011; 185/2011; 142/2012; 143/2012; 166/2012; 55/2013; 82/2013; 14/2014; 27/2014; 28/2014; 41/2014; 41/2014; 115/2014; 132/2014; 160/2014; 199/2014; 196/2015; 226/2015; 97/2017; 170/2017; 248/2018; available at: <https://pretsedatel.mk/wp-content/uploads/2020/03/Krivicen-zakonik.pdf>.



security measures which can be imposed on persons who are not mentally competent or have decreased mental competence, and drug and alcohol addicts. After the amendments in CCRNM in 2004, a new flexible penalty system was introduced and the number of punishments was increased. Therefore, there are two main punishments as in imprisonment and fine, and four secondary prohibitions on practicing a profession, performing an activity or duty, prohibition on operating a motor vehicle, the expulsion of a foreigner from the country, and a prohibition on attending sports competition (Article 33 CCRNM).

The Criminal Code of RNM differentiates between time-limited and life imprisonment. The legal minimum of the time-limited imprisonment is thirty days, while the general legal maximum is twenty years. For offences punishable by life imprisonment, a sentence of up to 40 years in prison may be imposed. If a sentence of 20 years of imprisonment is imposed for a premeditated crime, a sentence of life imprisonment may be executed for severe forms of this crime. The sentence of life imprisonment may not be imposed as the only main sentence and the offender sentenced to life imprisonment cannot be released on parole before he serves at least 25 years of imprisonment. The Law explicitly excludes the imposition of this punishment for an offender who at the time the crime was committed has not turned the age of 21 years (Articles 33-36 CCRNM).

Despite this regulation of the criminal legislation and the constant appeals for broader application of the alternatives to prison, in practice, they are rarely used. In the theory of criminal law, many questions still need to be reconsidered, given the current conditions of social development. Their values should correspond to current living conditions searching for appropriate measures and procedures to combat crime. It is necessary to determine alternative solutions to imprisonment for all minor offences. Indeed, prison sentences cannot be removed entirely and excluded from the criminal system, but it is necessary to reform the manner of their execution or, as a final choice, to find solutions to replace them.



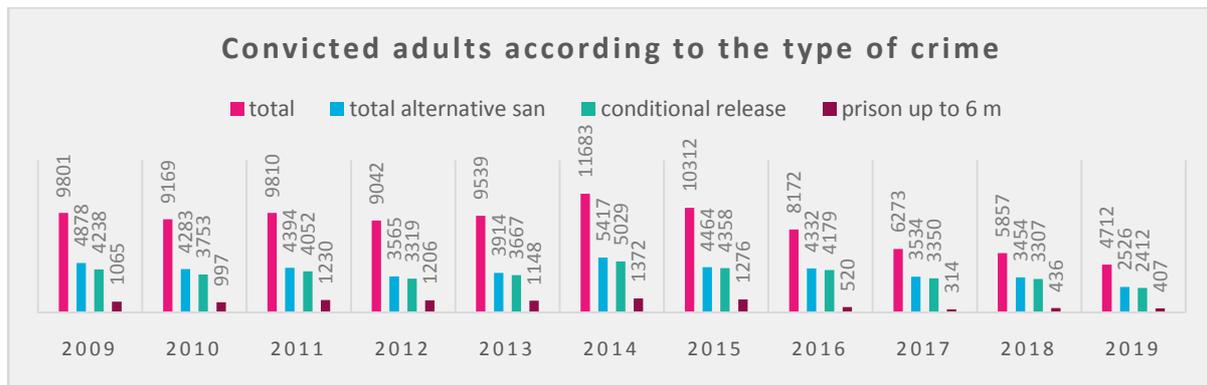


Figure 1.1 - Convicted adults according to the type of crime 2009 - 2019<sup>5</sup>

The main priority of RNM should be enabling the alternative system of sanctioning for the first-time offenders, crimes of negligence and minor crimes. That in fact is a priority of every modern criminal law legislation. But, unfortunately the penal policy in North Macedonia lacks consistency.

Therefore, from a conducted research of randomly selected verdicts<sup>6</sup>, a significant inequality was found in the sentencing for certain crimes in the courts in RNM, i.e. in most cases, the sentences were ‘mild’. For example, in 50 analyzed verdicts for the crime “unauthorized production and distribution of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors”, for which a sentence of 0 to 180 months is provided, an average percent of 14.26 months imprisonment was imposed, in 19 cases there were suspended sentences, and the highest sentence was 96 months in prison. For the crime ‘abuse of official position’, on the other hand, for which imprisonment from 6 to 180 months is envisaged, depending on the form, the average sentences were about a month and a half, in 39 cases there were suspended sentences and the others were below the legal minimum. For the crime ‘aggravated theft’, the courts in Gostivar and Shtip ruled twice milder sentences than those in the area of Skopje and Bitola, which means that citizens are not equal before the courts<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Source: RNM State Statistical Office, 2021. Link: [www.stat.gov.mk](http://www.stat.gov.mk).

<sup>6</sup> E. T. Mujoska (2017) “The (non)application of the alternatives in the Macedonian court practice”, *Macedonian Review of Criminal Law and Criminology*, 1: 3-4.

<sup>7</sup> E. T. Mujoska (2017) “The (non)application of the alternatives in the Macedonian court practice”, cit., p. 4.

Several projects, analyses, and conferences have been conducted in past years with the common goal of assessing the current sentencing policy of national criminal courts, identifying the ‘weak points’ of the sentencing policy and making recommendations for the enhancement of a unified national sentencing system<sup>8</sup>.

Each alternative sanction or measure has its own set of characteristics; depending on the circumstances, they may be a viable option for achieving the country’s penal policy objectives. The importance of alternative sanctions and measures fundamental aspects of their judicial procedure use, as well as the instruments for guiding and enforcing the country’s punishment policy, should further reinforce their position in current legislation. As shown in the figures above (see Table 1.1) the assertion of alternative sanctions and measures has a declining trend and is getting reduced every year. When the offender is not a threat to society and can be reliably determined that re-socialization and reintegration will occur without being isolated in a penitentiary, the use of the alternatives to incarceration should be encouraged. The prison sentence should not be considered in any way the sole response for breaches of a legal standard or crimes. For years, there have been laws which maintain the tradition of imposing alternative solutions, as arrests and prison sentences have proved to be counterproductive for specific categories, especially for minor crimes.

### 2.1.2. Law on Justice for Children

Aside from Criminal Law, the creation of a separate juvenile justice system has made enormous progress in criminal justice reforms. The primary reason for this division was the need to improve both its legal framework and the mechanisms for its implementation in order to better comply with the Convention on the Rights of the Child and other international norms and standards. The new contemporary Law on Justice for Children<sup>9</sup> promotes the idea of restorative justice, giving priority to mediation, alternative measures, informal action and

<sup>8</sup> The most significant is the round table held in Macedonian Academy for Science and Arts in May 2014. Materials are published in *Macedonian Review of Criminal Law and Criminology*, 1, 2014. Available at: <http://www.maclc.mk/publications>.

<sup>9</sup> Law on Justice for Children of the Republic of North Macedonia, Official Gazette, No. 148/13, 152/2019; 275/2019, available at: <https://www.slvesnik.com.mk/Issues/b2052db2045643c4bd6790fa1aa45fbd.pd?f#page=26>.



exceptional application of institutional, educational measures or punishment. The idea of protection and assistance to the child is at the heart of the system of measures and procedures for children, which places the judge for children in a central role. Moreover, punishment is predicted as a reserve sanction for older children and for the most serious offences, which would apply, if educational or alternative measures cannot be applied.

Despite the changes in the legislation, after the adoption of the first Law on Juvenile Justice in 2007 and the Law on Justice for Children of 2013<sup>10</sup>, as well as the laws in the field of child protection, there is no significant progress in overcoming the treatment of children at risk and children in conflict with the law, as a marginalized category.

The poor implementation of the laws, due to which their treatment remains below the level of international norms and standards for children's rights, is primarily because of the insufficient institutional willingness for their implementation. That also reflects the inconsistency of the policies of the state in their adequate financing, staffing and creation of other conditions for appropriate measures of prevention, institutional and non-institutional treatment<sup>11</sup>. In late 2018, a serious scientific research was done precisely for this problem, which results will be discussed in the following sections.

### *2.1.3. Law on Execution of sanctions*

Penitentiary law undergoes two reform phases. The first phase begins with the adoption of the Law on Execution of Sanctions in 2006<sup>12</sup>, which establishes the penitentiary-legal framework for the implementation of the Criminal Code's sanctions system from 2004. This law was in effect until May 29, 2019, when a new Law on Execution of Sanctions (hereinafter LES)<sup>13</sup> was enacted and the second phase of penal system reforms began. The need for the LES to be enacted in 2019 resulted from a greater number of revisions to the

---

<sup>10</sup> This Law can be also found as Law on Children Justice in published papers and reports.

<sup>11</sup> K. Vlado, G. Buzarovska-Lazetik, L. Nanev, O. Kosevaliska, B. Arifi, and D. Saiti (2018) *Commentary on the Law on Justice for Children with Practicum*. The book is available at: <https://eprints.ugd.edu.mk/21322/>.

<sup>12</sup> The Law on Execution of Sanctions, Official Gazette, No. 2/06-2, U.no. 9/2006-65/06. Not in force.

<sup>13</sup> Law on Execution of Sanctions, Official Gazette, No. 99/2019, 220/2019, available at: <https://www.slvesni.kom.mk/Issues/65bfda0a7df54198aa359df8fa5f7ba4.pdf>.



previous law as well as developments in international norms on prison policy. So now, the new Law regulates the execution of sanctions imposed for crimes following the latest European trends in penitentiary law.

The Law on Execution of Sanctions is a complementary law that is in line with international standards and best practices in the field of execution of sanctions, with particular emphasis on the European Prison Rules of the Council of Europe and UN Mandela Rules regarding the rights of prisoners<sup>14</sup>.

Other reasons for the adoption of this Law, is alignment with the National Strategy for the development of the penitentiary system (2015-2019)<sup>15</sup> and the Strategy for the reform of the judicial sector with Action plan in the period 2017-2022<sup>16</sup>. Its adoption reflects the efforts for provision of an efficient penitentiary system with a professional approach in the organization and oversight of the work of the penitentiary and juvenile institutions, aimed at improving the key areas of functioning of the penitentiary system<sup>17</sup>.

One of the main principles of LES is the respect of the human rights and dignity of sentenced persons, as well as the care for preserving their physical and mental health. The execution of sanctions is carried out without any discrimination on any ground – race, skin color, origin, national or ethnic belonging, sex, gender, sexual orientation, gender identity, belonging to a marginalized group, language, citizenship, social origin, education, religion or religious beliefs, political beliefs, other beliefs, disability, age, family or marital status, property, health, personal capacity and social status (Articles 3-5 LES).

In this regard, LES can be assessed as an all-encompassing systemic law that fully regulates the execution of sanctions with respect to the age of the person against whom sanctions are imposed, according to the offense, type of sanctions, as well as the position,

---

<sup>14</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners – The Mandela Rules – 2015 available at: [https://www.un.org/en/events/mandeladay/mandela\\_rules.shtml](https://www.un.org/en/events/mandeladay/mandela_rules.shtml).

<sup>15</sup> National Strategy for Development of the Penitentiary System 2015-2019, available at: [https://www.pravda.gov.mk/Upload/Documents/Nacionalna\\_strategijaMK\\_12\\_2014.pdf](https://www.pravda.gov.mk/Upload/Documents/Nacionalna_strategijaMK_12_2014.pdf).

<sup>16</sup> Strategy for the reform of the judicial sector with Action plan in the period 2017-2022, available at: [https://www.pravda.gov.mk/Upload/Documents/Strategija%20i%20akciski%20plan\\_MK-web.pdf](https://www.pravda.gov.mk/Upload/Documents/Strategija%20i%20akciski%20plan_MK-web.pdf).

<sup>17</sup> National Strategy for Development of the Penitentiary System 2015-2019, cit.



rights and responsibilities of the prison police<sup>18</sup>. In January 2021 a new National Strategy for the development of the penitentiary system in North Macedonia (2021-2025) was prepared.

## 2.2. Macedonian penal policy and prison system

Each state's criminal policy represents the society's dominant ideological, economic, political, social, and other relationships and determinations. It is a normative discipline with the primary aim of defining the objectives of the criminal justice system. The concept of imprisonment in our country, which establishes the general minimum and maximum sentences, is a step in that direction<sup>19</sup>. It is important to highlight that the quality of prison conditions and treatment offered to prisoners will, to a large extent, depend on the domestic penal policy of that state<sup>20</sup>. Therefore, the contemporary concept of criminal policy for crime prevention must combine all methods and means including the states actions and social activities. These include above mentioned alternatives to imprisonment and various 'extra-penalty' sanctions, such as coercive security measures or treatment measures<sup>21</sup>.

On the other hand, there are parts of the world like Scandinavia, where everything seems to be different. In discussions about prison and penal policy, it has remarkable, if not unique, characteristics. According to reports, only a small number of people are sent to prison there in the first place. This place is a beacon of stability in an age when the punitive impulse and prison numbers are increasing in almost every corner of the world. Furthermore, the standard of living in prison is said to be exceptional. Inmates have excellent prison conditions and are housed in modern, often very small-scale prisons, which have the feel of open prisons

---

<sup>18</sup> National Strategy for Development of the Penitentiary System 2015-2019, cit.

<sup>19</sup> V. Kambovski (2011) *Commentary on the Criminal Code of the Republic of Macedonia*, Matica Publishing, Skopje pp. 5- 10.

<sup>20</sup> S. Timm, Y. Auge (2019) *Understanding retaliation, mediation and punishment: collected results*, p.229. Available at: [https://pure.mpg.de/rest/items/item\\_3220258/component/file\\_3346556/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3220258/component/file_3346556/content).

<sup>21</sup> V. Kambovski, E. M. Trpevska (2021) "Legal postulates on criminal justice reform", *Macedonian Academy of Sciences and Art*, 10, 18 ss. Contrary argument in K. Reiter, A. Koenig [Eds] (2015) *Extreme Punishment: Comparative Studies in Detention, Incarceration and Solitary Confinement*, Palgrave MacMillan, London, p. 21.



in many cases. Another point of distinction is that there has been no notable privatization of prisons<sup>22</sup>.

When it comes to the RNM, criminal political measures continue to be used, which are heavily influenced by the society's current social and political interests. Thus, the penal policy contains repressive measures and measures of social prevention<sup>23</sup>.

The penal theory and practice are often associated with the public opinion and its relationship and role in preventing, controlling and combating crime. Thus, in a country like ours, in addition to the state mechanism, the general public should be engaged in the fight against deviant social behaviours. It is crucial to develop anti-criminal public opinion.

### *2.2.1. Network of the penitentiary and correctional institutions*

The sentence of imprisonment, detention and educational measure of referral to a correctional facility can be executed in penitentiary institutions and correctional-educational facilities. There are 11 penitentiary institutions in RNM, which can be penitentiaries and prisons. They are divided in 4 penitentiary institutions and 7 prisons. The more severe punishments (over 3 years) are served in the Penitentiary institutions<sup>24</sup>. The other penal institutions are prisons (for sentences up to 3 years), as followed: Bitola Prison, Gevgelija Prison, Ohrid Prison for juvenile delinquents, Skopje Prison, Strumica Prison, Tetovo Prison and the open-type Penitentiary facility Struga. The only ward for woman offenders in RNM is located in Indrizovo Penitentiary in Skopje.

Even though, the LES stipulates that there are correctional facility Tetovo and correctional facility for women in the Penitentiary Idrizovo (Article 33), currently there is one correctional-educational facility (CEF) for juveniles in Volkovija, Tetovo<sup>25</sup>. The new CEF meets all the conditions of the international standards for functioning, operation and

<sup>22</sup> See more in T. Vander Beken (2016) *The Role of Prison in Europe: Travelling in the Footsteps of John Howard*, Palgrave MacMillan, London, p. 51.

<sup>23</sup> Similarly, S. Zoran (1996) *Penologija*, Magor, Skopje, p.3.

<sup>24</sup> There are 4 Penitentiary facilities as followed: Penitentiary facility Idrizovo with an open ward in Veles, Penitentiary facility Shtip, Penitentiary facility Kumanovo with an open ward in Kriva Palanka and since December 2020 the Penitentiary facility Prilep.

<sup>25</sup> Available at: <https://www.pravda.gov.mk/zatvori>, last access.



implementation of the correctional-educational process with full respect for children's rights. The construction of a new correctional facility was expected for more than 19 years and is a permanent solution to the long-term problem of accommodation of juveniles who have been sentenced to correctional measures<sup>26</sup>.

Macedonian legislation stipulates imprisonment for criminal acts only and not for misdemeanors (as crimes of lesser seriousness), like Serbia<sup>27</sup>, Austria<sup>28</sup>, Croatia<sup>29</sup> and others<sup>30</sup>. Sentenced children must serve their prison sentence in a special institution for children (Article 38 LES), that is Prison Ohrid – the only juvenile prison in the country.

According to the degree of security, the degree of restriction of freedom of movement and the types of treatment applied to sentenced persons, prisons are divided into institutions of closed (there is physical and material security), semi-open (there is prison police to provide discipline and to control the movement of prisoners), and open type (there is no physical and material security). The organization of life and work of prisoners in these open type institutions is based on self-discipline and personal responsibility, and control over their movement and work is performed by educators and instructors. Special wards are established in certain institutions for detention (Article 35 LES).

Closed, semi-open and open wards are established in closed and semi-open penal institutions. Departments for reception of prisoners (reception departments) are established in the institutions (Article 36 LES). Special wards for convicted foreign nationals and stateless persons may be established in the institutions as well. When executing a prison sentence for these offenders, the international documents related to the serving of a prison sentence for this category of convicted persons are applied. Departments for prisoners with high and very high security risk may be established in the institutions (Article 37).

---

<sup>26</sup> See more at: [www.pravda.gov.mk](http://www.pravda.gov.mk), [www.msp.org.mk](http://www.msp.org.mk).

<sup>27</sup> Law on Misdemeanours, Official Gazette of the Republic of Serbia, No.65/2013, available at: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2013/65/2/reg>.

<sup>28</sup> Verwaltungsstrafgesetz, Bundesgesetzblattgesetz nr. 52/1991, available at: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005770>.

<sup>29</sup> Prekršajni zakon, Narodne novine Republike Hrvatske 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17, 118/18.

<sup>30</sup> E.M. Trpevska, K. Bitrakov (2020) "Benefits from the application of alternatives to imprisonment", *Macedonian Review of Criminal Law and Criminology*, 1-2, p. 3.



### 2.2.2. *Serving the prison sentence*

The system of execution of imprisonment is organized so that in separate institutions or separate departments of separate institutions and groups in them can be deployed, classification and relocation of specific categories of prisoners, for more straightforward implementation of different types of treatment, prevention the mutual harmful influence of the prisoners and the maintenance of discipline (Article 16 LES).

In a penitentiary institution, the convicted persons are classified according to the necessity for application of treatment measures and the type of necessary treatment, age, personal characteristics, and other circumstances relevant for assessing the convicted person's personality (Article 18 LES).

The LES defines 'resocialization' as the main goal of the execution of the prison sentence, which as a term, in addition to re-education, also includes the 'social adaptation' of the convicted person, his preparation for socially acceptable behavior of freedom. For this purpose, all penological methods and means of serving a sentence are subordinated, which due to the individualized approach, are sublimated through the notion of 'treatment of the convicted person'. The treatment concept includes all procedures and measures that affect the prisoners' personality to suppress the negative and support and develop his positive qualities and value orientation. The prison system is based on the principle of the 'group serving a sentence'. The 'classification' is made according to the sex, age, length of the sentence and the need for stricter measures to prevent escape. The classification in groups within the institution (vertical, internal classification) is subordinated to the need for identical forms of treatment for different prisoners. In addition to the previously set criteria (gender, age, etc.), the basis for this classification is the subjective characteristics of the convict, level of education, profession, individual preferences and interests, etc. This creates conditions for 'individualized treatment', which in addition to the procedures and measures that apply to the whole group, includes the special treatment methods of each convicted person<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> See V. Kambovski (2010) *Criminal Law - General part*, Cyril and Methodius University, Skopje, pp. 876-882.



For a person released from serving a sentence, the LES provides, at least declaratively, post-penal assistance to eliminate the negative effects of imprisonment and its reintegration into the social environment. Assistance consists of re-employment, completion of education, material assistance, accommodation, etc., which in developed countries is designed as an integral part of the (extended) treatment of the convicted person. According to Kambovski<sup>32</sup>, in our country, in our social conditions, increasingly limited material resources continue to be a scribble on paper<sup>33</sup> and a problem that is the basis for deeper analysis and research.

In the following parts of the article, we will analyze the forms of treatment (work, training, cultural, artistic, sports, and other forms of leisure organization) as well as the main challenges faced by the prison system (conditions and overcrowding, education and health treatment), and the special treatment of child offenders.

### 3. Current conditions in penal institutions

#### 3.1. Prison conditions and overcrowding

The total capacity of the prison system in RNM is 2384. For more than two years this figure has not been exceeded. However, the overall picture of the prison system began to improve intensively with the change of government in 2017, and the transformation of authorities in the Directorate for Execution of Sanctions.

From 2010 to 2017, RNM faced continuous overcrowding of the prison facilities. The inadequate prison conditions and prison overcrowding, were the main issues that obscured the correction process in general. Additionally, the overcrowding and inhumane prison conditions caused other problems for prisoners in terms of accommodation, nutrition, general and personal hygiene, poor sanitation, etc., which led to frequent conflicts between the prisoners.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*



The Ombudsman made appeals in its annual reports on the absolute non-compliance with the domestic and international standards for the accommodation of persons deprived of liberty<sup>34</sup>. In 2018<sup>35</sup>, it was reported that in some of the penitentiary institutions in the country the overcrowding is significantly reduced, but the conditions for serving the prison sentence are still very bad and degrading. Thus, unreserved reliance on prison sentences, in addition to overcrowding in prison facilities, has led to exceptional demands such as the adoption of amnesty laws<sup>36</sup>. The same year, after the adoption of the Law on Amnesty<sup>37</sup> the number of sentenced persons in certain prisons significantly decreased, which was especially visible in institutions with a smaller number of prisoners. The trend of reduced prison capacity continued in 2019 and 2020.

In 2019 the conditions for serving the prison sentence and the detention measure were still not satisfactory, although overcrowding has been significantly reduced. In the reporting year<sup>38</sup>, a significant information came from the women's ward of Idrizovo Penitentiary. Namely, a group of woman offenders expressed dissatisfaction with the conditions, especially the inability to maintain personal hygiene and the hygiene in the premises where they are serving a prison sentence. They pointed out that in this institution, they do not have basic hygienic conditions, which directly affects the maintenance and preservation of their health, expressing disappointment with the indifferent attitude of the prison administration, stating that they treat them as 'ordinary' numbers, not people with basic needs, which after serving a sentence and the process of re-socialization, should be included in the social life, with good health. After the conversation and inspection of the facility (Women's ward in Idrizovo Penitentiary), the Ombudsman made sure the director of the institution took concrete measures to create the necessary conditions for serving a prison sentence, pointing out that

<sup>34</sup> Cf. the Annual reports on the work of the Ombudsman, available at: [http://ombudsman.mk/mk/godishni\\_izveshtai.aspx](http://ombudsman.mk/mk/godishni_izveshtai.aspx).

<sup>35</sup> Report available at: <http://ombudsman.mk/upload/Godisni%20izvestai/GI-2017/GI-2018.pdf>.

<sup>36</sup> With this law, persons are released from criminal prosecution, the initiated criminal proceedings are stopped and some prisoners are completely released from serving the prison sentence.

<sup>37</sup> Cf. Law on Amnesty Official Gazette, No. 11/2018.

<sup>38</sup> Report available at: <http://ombudsman.mk/upload/Godisni%20izvestai/GI-2019/GI-2019.pdf>.



the dignity of prisoners should be respected, and in that context to takes care of maintaining their health and hygiene, which is in fact, his legal obligation<sup>39</sup>.

Year	Number of female prisoners	Percentage of total prison population	Female prison population rate (per 100,000 of national population)
2000	32	2.3%	1.6
2005	66	3.1%	3.2
2010	59	2.3%	2.9
2019	70	3.3%	3.4

Table 1.1. Female prisoners in RNM - Source: World Prison Brief, 2021<sup>40</sup>

Similarly, in 2020<sup>41</sup>, one case of the Ombudsman stands out, who acted upon a complaint from a relative of a convicted foreign citizen for inadequate accommodation conditions and inability to exercise his rights, in the Kumanovo Penitentiary. Additional complaint was submitted by the Ombudsman of Albania regarding the conditions in which a group of 30 convicted persons – foreign citizens are serving a prison sentence<sup>42</sup>. Namely, the complaint pointed out the poor conditions in prison (lack of water in the rooms, inadequate promenade, inadequate nutrition, i.e. the insufficient amount of food and irregular giving of fresh vegetables and fruits), as well as the fact that they do not have conditions for sports and leisure activities, nor are employed.

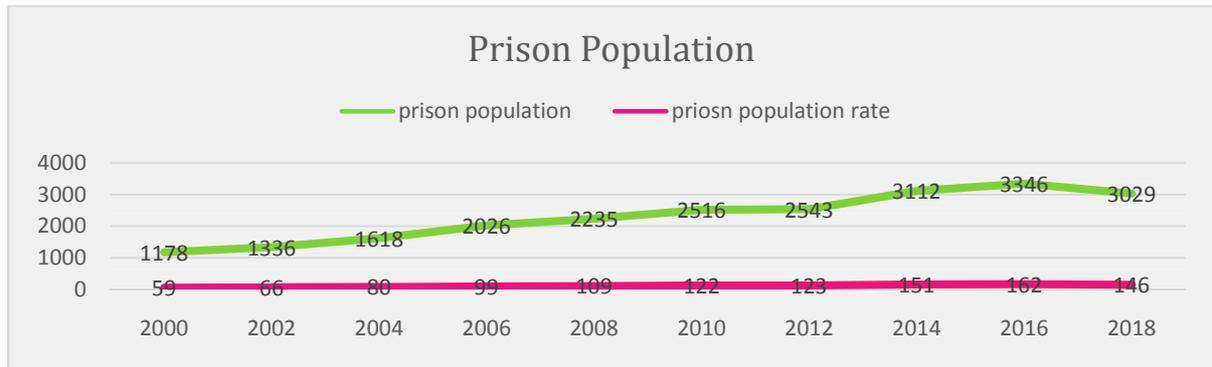
<sup>39</sup> Annual report on the work of the Ombudsman (2019), pp. 82-87.

<sup>40</sup> Source: World Prison Brief data, Europe, North Macedonia, Link: <https://www.prisonstudies.org/country/north-macedonia>.

<sup>41</sup> Report available at: <http://ombudsman.mk/upload/Godisni%20izvestai/GI-2020/GI-2020.pdf>.

<sup>42</sup> Annual report on the work of the Ombudsman (2019), pp. 71-72.



Figure 1.2 - Prisons population trend in RNM<sup>43</sup>

To conclude, the overcrowding in the penitentiary has significantly decreased, but there is still space for improvement. DES needs to improve the accommodation conditions in all penal institutions and respect the dignity of the prisoners. According to the latest data obtained for this paper, the total number of sentenced persons in all prisons is 1883. The number of detained persons is 291 and 13 children in CEF Volkovija Tetovo.

### 3.2. Ethnic diversity and religion in prisons

The new LES has special provisions to ensure protection of prisoners' religious feelings, personal beliefs and moral norms (Art. 4, par. 4). According to Article 155 line 10, every convicted person has the right to satisfy their religious needs. The law indicates that prisoners are provided with food considering their religious beliefs, in accordance with the possibilities of the penal institution (Art. 162, par. 4) and they are allowed to satisfy their religious feelings and needs in accordance with the conditions and possibilities of the institution (Art. 194).

Equality of all prisoners, regardless of their sex, race, color of skin, ethnic and social origin, political and religious belief, property and social status, is of utmost importance for the creation of a just and harmonious society, without further conflicts and crisis. Unfortunately, after 2018 the State Statistical Office does not provide statistical overview for different ethnic groups in Macedonian prisons. The total number of prisoners in 2018 was

<sup>43</sup> Source: World Prison Brief data, Europe, North Macedonia, available at: <https://www.prisonstudies.org/country/north-macedonia>.

6,273 out of which 2,957 are Macedonians (47.13%), 1,228 are Albanians (19.57%), 270 are Turks (4.30%), 587 are Roma (9.35%), 5 are Vlachs (0.07%), 43 are Serbs (0.68%), 40 are Bosniaks (0.63%), 95 are other nationality (1.51%), 1,048 are unknown. Even though, this is vaguely outdated statistical data, we can easily get the ethnic profile in Macedonian prisons.

We will analyze one ethnic group specifically Roma prisoners, given the available data regarding the adult offenders of crimes for the period from 2011 to 2018. In the researched period, nearly 11% were Roma prisoners<sup>44</sup>. The most frequently committed crimes are the crimes against the property (nearly 74% of all crimes). With less than 6% in the total committed crimes, are the crimes against life and body and against public order and peace, and with less than 4% participate in crimes against marriage, family and youth and crimes against human health (see Table 1.3).

Year	Total Roma	Crimes against property	Crimes against life and body	Crimes against public order	Crimes against marriage, family and youth	Crimes against human health
2011	1130	813	53	43	47	49
2012	996	746	68	41	28	21
2013	1083	825	44	32	28	22
2014	1180	830	65	77	23	22
2015	1091	818	41	67	21	27
2016	772	572	33	53	23	13
2017	587	421	39	36	22	8
Total	6839	5025	343	349	192	162
%	100%	73.48%	5.01%	5.10%	2.80%	2.37%

Table 1.3 - Common crimes committed by adult Roma<sup>45</sup>

There is a significant research<sup>46</sup> about discrimination of Roma and their position in the judiciary, in aspect of discrimination in general, police treatment, use of inadequate force,

<sup>44</sup> Perpetrators of Criminal Offences 2011-2018, RNM State Statistical Office, available at: [http://www.stat.gov.mk/PublikaciiPoOblast\\_en.aspx?id=43&rbrObl=6](http://www.stat.gov.mk/PublikaciiPoOblast_en.aspx?id=43&rbrObl=6). Additional resource: Analysis of the position of Roma as defendants in criminal cases procedure in the Republic of Macedonia, 2017, p. 31, available at: <https://cpia.mk/mk/анализа-за-положбата-на-ромите-како-об/>

<sup>45</sup> Perpetrators of Criminal Offences 2011-2018, RNM State Statistical Office, cit.



intimidation, repression and inhuman treatment<sup>47</sup>. The general conclusion is that there is no discrimination of Roma as offenders or victims of crimes, nor in terms of achieving procedural possibilities or in terms of pronouncing stricter criminal sanctions. Similar, another research showed the same results: there is no different treatment or discrimination against various prisoners, especially not on grounds of ethnicity<sup>48</sup>. However, it can be concluded that there is discrimination in the broadest sense of the word, in terms of inefficiency in utilizing the procedural possibilities that Roma have during the procedure. Because of illiteracy many Roma defendants do not have proper (or not at all) legal defense counsel. In cases where lawyer was hired, he was either hired by the NGO sector, or he was *ex officio*, leaving room for doubt about their defense's effectiveness<sup>49</sup>.

Another category that is immediately noticeable in the table above, is the group of prisoners under the category 'unknown'. This situation may vary from different circumstances. It may be because of prisoners own free will and not wanting to proclaim any ethnic background or, more likely, is because they do not know their right to update ID card. According to Article 215 of the LES, prisoners who are citizens of the RNM have the right to update the identity card data after its expiration, at the expense of the budget of the country. If prisoners don't have valid documentation, they cannot be included in official statistical data.

To make the picture clearer, we will refer to the Ombudsman statement regarding this issue. In 2018 and 2019 the problem with the lack of personal identification documents of prisoners was evident. After submitting complaints for protection of the rights of prisoners and the knowledge that these persons after serving the sentence, face a problem in terms of further health care, and exercise of other rights that require possession of appropriate personal

<sup>46</sup> Center for Legal Research and Analysis (2017) *Analysis of the position of Roma as defendants in criminal cases procedure in the Republic of Macedonia*, available at: <https://cpia.mk/en/анализа-за-положбата-на-ромите-како-об/>.

<sup>47</sup> Available at: <https://www.cpia.mk/media/files/%d0%90naliza-za-polozbata-na-romite-kako-obvincti-vo-krivichna-postapka-vo-republika-makedonija.pdf>.

<sup>48</sup> OSCE (2010) *Discrimination on the grounds of ethnicity*, p. 76, available at: <https://www.osce.org/files/f/documents/d/d/116792.pdf>.

<sup>49</sup> Read more at: Center for Legal Research and Analysis (2017) *Analysis of the position of Roma as defendants in criminal cases procedure in the Republic of Macedonia*, cit., p. 31.



documents, the Ombudsman conducted a survey<sup>50</sup>. It confirmed that there is a large number of prisoners who are admitted to serving a prison sentence, but also those who are released from the institution after the expiration of the sentence, without any valid personal identification document. Back in 2018, the penitentiary institutions did not have accurate records for prisoners who do not have identification documents, and there was no diligence of these institutions regarding the initiation of procedures for issuing ID cards to prisoners who do not have documents.

This condition further prevents the realization of other rights of prisoners. For example, in 2017, some of the prisoners did not vote in the first round of the local elections due to the expiration of their ID cards: “When they come to serve their prison sentences, the convicted persons leave the ID cards to the administration (...) the administration does not inform them when the personal documents expire and does not help them to renew them”<sup>51</sup>. Regarding this situation, the Ombudsman submitted recommendations to the DES and to the Director of the Idrizovo Penitentiary, requesting that the necessary measures be taken in order to comprehensively assess the situation of prisoners who do not have personal identification documents, such as and to determine and know exactly which person has been sent to prison without personal identification documents. Regarding the given recommendations, the above-mentioned bodies informed the Ombudsman that certain activities were undertaken in order to overcome this situation, in a way that the DES established contacts with the Ministry of Interior and the Registry Office, and that this problem is in the solution phase, both in the technical part and in the part of finances for its implementation.

On March 1<sup>st</sup>, 2021, the prisoners and detainees at the Kumanovo Penitentiary were among the first to have a chance to register, officially launching the first phase of the census

---

<sup>50</sup> The Report and the survey are available at: <http://ombudsman.mk/upload/Godisni%20izvestai/GI-2017/GI-2018.pdf>.

<sup>51</sup> Available at: <https://meta.mk/ombudsman-del-od-zatvorenitsite-ne-glasaa-poradi-istekot-na-vazhnosta-na-lichnite-karti/>.



as the country's extensive statistical operation<sup>52</sup>. With this process RNM will overcome the long-lasting problem with recording ethnic diversity in prisons.

### 3.3. Legal remedies for prisoners

Every prisoner has the right to legal aid i.e. legal advice and remedies. The LES stipulates that the institution shall provide information and legal assistance to the prisoners regarding the use of legal remedies and the undertaking of actions for protection of their rights. The prisoner who is illiterate may also give the legal remedy or other submission on the minutes in the institution. In submitting the legal remedies, the prisoners should have a right to discretion (Article 206).

Recent studies<sup>53</sup> show, that the prisoners in general, and especially prisoners from different ethnic communities (mainly Roma) do not fully understand the right to be informed and to use legal remedies available to them. The prisoners from different ethnic communities do not use the complaint mechanism if they consider that their basic human rights are abused<sup>54</sup>.

The illiterate prisoners' rate is too high. Thus, most of them do not understand the written rights. With the lack of employed lawyers in prisons today, which is evident, the prison staff provides the prisoners with legal advice and legal remedies instead of doing the things that they were hired to do. It is necessary to (continue to) promote the rights of the prisoners using legal means. Adequate actions are missing from the Centers for social work, so the penal institutions should consider establishing closer cooperation. The penal institutions should consider training for directors and prison administration on how to provide legal remedies. Also, they should consider training prisoners on how to use legal remedies

<sup>52</sup> The director of the DES stated that in the first half of March 2021, 2,200 convicted and detained persons in the country will be counted. Source: <https://www.dw.com/mk>.

<sup>53</sup> N. Amdiju, E. Paunovska (2020) "Recognizing the rights of convicted persons in the Republic of North Macedonia, with a focus on members of the Roma ethnic community", available at: <https://fosm.mk/wp-content/uploads/2020/06/analiza-za-pochituvane-na-pravata-na-osudenite-licza.pdf>; E.M. Trpevska, K. Bitrakov (2019) "Fair and equal treatment of the Roma in Macedonian Prisons", *Macedonian Society for Penology*, available at: [https://msp.mk/wp-content/uploads/2020/01/brosura\\_so\\_cip.pdf](https://msp.mk/wp-content/uploads/2020/01/brosura_so_cip.pdf).

<sup>54</sup> E.M. Trpevska, K. Bitrakov (2019) "Fair and equal treatment of the Roma in Macedonian Prisons", cit.



and how to take actions to protect their rights. No prisoner submitted a request to the CPT or the UN High Commissioner for Human Rights, ever.

In July 2019<sup>55</sup>, brochures were published as well as posters in 4 languages (Macedonian, Albanian, English and Roma) and 2 forms which were distributed in every penal institution in the country. That will guarantee the complaints mechanism process and will ease the process of submitting legal remedies, petitions and other requests received through the institution.

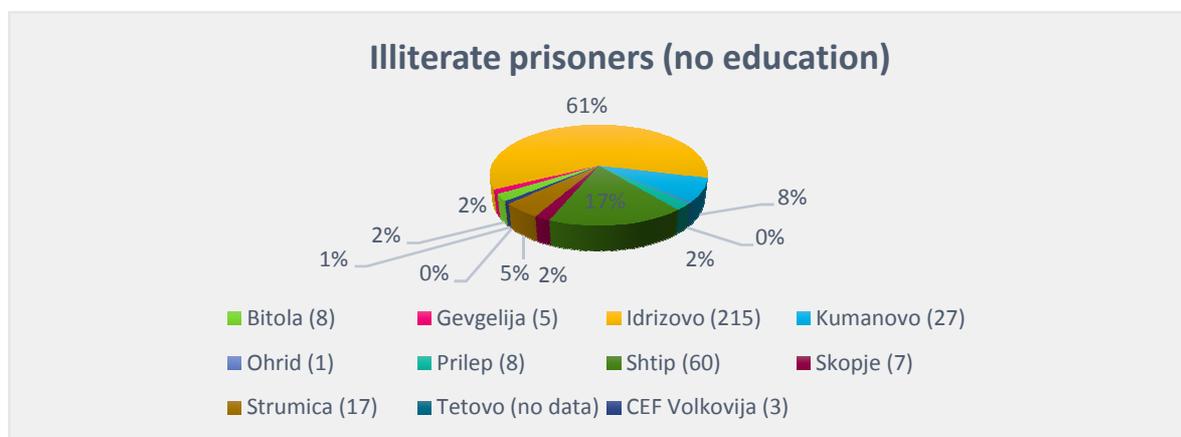


Figure 1.3 - Illiterate prisoners in RNM – Source: Directorate for Execution of Sanctions, January 2021

The complete elimination of illiteracy in prisons, will only be possible with serious determination to enable education in prisons.

### 3.4. Education in prisons

One of the main problems in prisons across the country is the lack of education. The (lack of) educational process of prisoners is a serious problem which continues for many years. According to the current legal regulation, primary education of prisoners must be organized in all penal and correctional institutions as part of the general education system in the state.

<sup>55</sup> The materials were published as a result of the project *Monitoring of the complaints mechanism process in prisons*, conducted by the Macedonian Society for Penology with the support of the OSCE Mission in Skopje. Available at: [https://msp.mk/en\\_US/2019/05/27/заштита-на-правата-на-осудените-лица-с/](https://msp.mk/en_US/2019/05/27/заштита-на-правата-на-осудените-лица-с/).

The latest official statistics demonstrates that the number of illiterate and not educated prisoners is continuously declining i.e. shows a downward trend.

	Total	Without education	Incomplete education	Primary and lower secondary school	Upper secondary school	Higher education	Unknown
2017	6 273	180	173	1 105	2 328	323	2 164
2018	5 857	250	255	1 145	2 198	356	1 653
2019	4 712	323	215	989	1 740	266	1 179

Table 1.3. Convicted adult perpetrators by types of criminal offences and educational attainment, by year<sup>56</sup>

Even though the LES and the Strategy for Penitentiary System specify that the Ministry of Education and Science does the organizing and funding of primary education of prisoners, it is a fact that the educational process is supported only by several international organizations in the country. For example, since March 2021 the DES together with UNDP and the Ministry of Education and Science, conducts a primary education process in Shtip Penitentiary, where 42 prisoners are engaged. Also, another primary school from Skopje provides primary education in the Idrizovo Penitentiary where 15 female prisoners are included, while in the CEF Volkovija 10 children are included in the educational process and it is implemented by the primary school from Brvenica, a nearby village<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> For the purposes of this paper, we requested information regarding the number of illiterate prisoners to the DES. The answers are presented in the Figure 1.3. Additional Source: State Statistical Office, 2021. Link: [http://makstat.stat.gov.mk/PXWeb/pxweb/en/MakStat/MakStat\\_\\_Sudstvo\\_\\_ObvinetiOsudeniStoriteli/450\\_SK2\\_Mk\\_T20\\_ml.px/table/tableViewLayout2/?rxid=46ee0f64-2992-4b45-a2d9-cb4e5f7ec5ef](http://makstat.stat.gov.mk/PXWeb/pxweb/en/MakStat/MakStat__Sudstvo__ObvinetiOsudeniStoriteli/450_SK2_Mk_T20_ml.px/table/tableViewLayout2/?rxid=46ee0f64-2992-4b45-a2d9-cb4e5f7ec5ef).

<sup>57</sup> Likewise, in the beginning of 2021, within the project “Creating opportunities for all”, professional trainings for prisoners were realized. This action included 10 prisoners who are serving prison sentences in the Skopje Prison. The professional trainings for the carpentry profession were conducted by school from Skopje, where in February 2021, the prisoners obtained appropriate certificates with which they will be able to get a job. In the Penitentiary in Prilep, the trainings for the profession of cook included 15 prisoners. The classes were performed by the teaching staff from the high school in Krushevo, after which the prisoners received appropriate certificates that will contribute to their equal reintegration into society. Available at: <https://uis.gov.mk/2021/03/24/образовен-процес-во-казнено-поправни/>.



### 3.5. Health care

The LES specifies that convicted persons shall be guaranteed the right to health care and shall be provided with the necessary medical assistance and hospital treatment in accordance with the regulations in the field of health care and health insurance. The health care rights shall be indicated to the convicted persons by health workers who perform primary health care in the network at the primary level for health care on the territory of which the seat of the institution is located. The convicted persons have the right to secondary and tertiary level of health care. The costs for the health care of the convicted persons in the institutions are part of the state's budget (Article 182 LES). However, the reality is different. The health care of prisoners remains one of the biggest concerns today.

Over the past few years, prisoners and detainees in correctional facilities have been complaining about the same problem: a shortage of adequate health care<sup>58</sup>. The National Preventive Mechanism<sup>59</sup> as well as the Ombudsman in their reports for 2020<sup>60</sup> noted that there are no significant changes regarding the health services of the institutions, in terms of providing adequate health treatment to prisoners and detainees, due primarily to the fact that procedure for taking over the health services of these institutions by Public health institutions have lasted a very long time.

Actually, the takeover procedure is not completely finished in all institutions. The process of transferring the responsibility for health care in prisons to the Agency for public health administration under the Ministry of Health, should have been completed in March 2017<sup>61</sup>. Today, in 2021, we are still facing the problems from the past: some institutions are

---

<sup>58</sup> For prisoner's healthcare data and statistics preceding 2017, see T. Mujoska, *The health care of prisoners in Macedonia: a critical analysis*, 14(8): 1-9.

<sup>59</sup> The National Preventive Mechanism (NPM) is a national body set to regularly examine the treatment of the persons deprived of their liberty in places of detention, providing protection against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Their work is in line with the obligations arising from the Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT). Available at: [http://ombudsman.mk/Почетна/НПМ/3A\\_НАС.aspx](http://ombudsman.mk/Почетна/НПМ/3A_НАС.aspx).

<sup>60</sup> Source: <http://ombudsman.mk/upload/Godisni%20izvestai/GI-2020/GI-2020.pdf>.

<sup>61</sup> Council of Europe, the Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (2017) *Report to the Government of "the former Yugoslav Republic of Macedonia" on the visit to "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, available at: <https://rm.coe.int/pdf/168075d656>.



still using the services of Public Health Institutions in the nearby cities; there is absolutely no medical personnel at some institutions and in those undertaken by the Public Health Institutions the number of medical personnel has not been completed. Furthermore, the conditions in the premises in which health services are provided have not been improved in terms of medical equipment and devices. The lack of dental services for prisoners is another serious concern. The DES has the obligation to take measures in order to improve dental services, especially in the Idrizovo Penitentiary. On top of that, the prisoners and detainees often complain that prison staff is not transferring them to hospitals on time.

We can conclude that the healthcare protection system in the penitentiary and correctional facilities is poor and dysfunctional and faced serious challenges during COVID-19 pandemic. One of the main strategic targets on the new Strategy for Penitentiary System is strengthening the healthcare to prisoners, including mental healthcare. The main goals are:

- Establishing a functional healthcare in prisons,
- Training the medical staff and positive influence and/or motivation to work in penitentiary health care,
- Providing adequate access to mental health services for prisoners in need,
- Providing Medical and psychosocial treatment for inmates with substance use disorders,
- Taking preventive activities (preventing ill treatment, infective diseases screening and counseling, preventing suicides and self-harm and gender sensitive medical screenings).

Hopefully, in this manner, we will overcome the challenges facing health care in prisons, including the lack of staff, inadequate screening of new arrivals in prison which has consequences both for the prevention of ill-treatment and public health, inadequate dental and psychiatric care and poor drug treatment practices.



### 3.6. Imprisonment for children

The modern concept of the rights of the child and its protection is the result of a long evolution, caused by the rapid social changes in the last two centuries, which today receive unimaginable acceleration. The international standards for children's rights are constantly appealing for the need to improve the conditions for applying the institutional measures, especially for the fulfillment of legal obligations. Children should, while in institutions, get education, but also vocational training for work, acquisition of skills and training, which will help them to be useful members of the community.

According to the Law on Justice for Children<sup>62</sup> a 'child in conflict with the law', aged 14 to 16 years, is a child who, at the time of the commission of the crime, defined as a criminal offence for which a prison sentence of more than three years is provided, has reached 14 years of age and still is not 16 years old. A child in conflict with the law over 16 years old is a child who, at the time of the commission of the crime, defined as a criminal offence for which a prison sentence of more than three years is provided, has reached 16 years of age and still is not 18 years old. A child who at the time of committing the act, which is defined by law as a criminal offence or misdemeanor, has not reached 14 years of age, may not be imposed a sanction determined by the Law.

According to this Law, a child aged 14 to 16 years, may be imposed only correctional measures for action deemed by law as a criminal offence: court reprimand or referral to a special child centre; intensified supervision by parents, guardians, foster family or by the local centre for social work; and institutional measures, such as referral to a special education institution or a youth correctional facility. A child aged 16 to 18 years, may be imposed correctional measures for criminal offence, and exceptionally, a prison sentence or an alternative measure.

A child over the age of 16 may be imposed: child prison; fine; prohibition of driving a motor vehicle of a certain type or category; and expulsion as foreigner from the country. A criminally liable child over 16 years of age may be punished if, due to the severe

---

<sup>62</sup> The following terms and sentences are stipulated in the Articles 19, 34, 50, 60 of the Law on Justice for Children.



consequences of the crime and the high degree of criminal liability, it would not be justified to impose an educational/correctional measure.

A child prison sentence may only be imposed as a punishment to a child who is criminally responsible, is 16 years and older, and has committed an act: which is defined by law as a criminal offence for which a prison sentence of five years or a more is prescribed, if committed under particularly aggravating circumstances and with high degree of criminal liability of the perpetrator, and it is unjustified to impose a correctional measure.

The child prison sentence may not be shorter than one or longer than ten years<sup>63</sup>. Alternative measures for aforementioned child perpetrator include suspended sentence with protective supervision; conditional cessation of the proceedings against such child; and community work.

The referral to a special child institution i.e. CEF Volkovija, children are kept for one to five years or by the time the child is 23 years of age. When imposing this measure, the court does not set its length in advance, it is decided additionally. The court revises the need for custody at the facility every year.

The new CEF, has a capacity of 110 children, male and female. It includes several buildings for accommodation, stay, education and work in accordance with European standards and regulations. House Rules and a Brief Preventive Programme for Raising Awareness among Children of the Negative Consequences of Using Drugs and Prevention of Communicable Diseases have been prepared. Under the National Strategy, a series of other activities are also envisaged, such as implementing the YOU TURN/EQUIP programme for work with children, introducing vocational education by professions, etc. As regards drug testing, it should be noted that it is not compulsory and is performed if there are indications that a child has used illicit psychotropic substances<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> This sentence is pronounced when the child reaches legal age or half a year before reaching the legal age.

<sup>64</sup> Source: Ministry of Foreign Affairs III, IV, V and VI report of the Republic of North Macedonia under the UN Convention on the rights of the child and its two optional protocols on the involvement of children in armed conflict and on the sale of children, child prostitution and child pornography, Skopje, March 2019, link: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/MKD/CRC\\_C\\_MKD\\_3-6\\_6738\\_E.docx](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/MKD/CRC_C_MKD_3-6_6738_E.docx).



Currently<sup>65</sup>, there are there are 17 juveniles (aged 15-19) with imposed educational correctional measure in CEF Volkovija. One minor is currently serving 1-year juvenile prison and one is currently placed in Psychiatric hospital. Four are Macedonians, three are Albanians, two are Turks and eight are Roma. Ten of them are illiterate, with no education at all, five of them are Roma.

In 2018, a significant study on juvenile delinquency in RNM<sup>66</sup>, which was mentioned earlier in the article, was conducted. The study confirms a deep discrepancy between proclaimed policies, strategic and program documents, laws and their practical application. The findings of the research also point to the inconsistency and non-harmonization of laws relating to the treatment of children at risk and children in conflict with the law, especially in terms of non-compliance with the concept of justice for children, incorporated in the Law. These weak effects have been amplified by the lack of coordination between the competent ministries. Also, what is evident is the lack of coordination between prison/ECF and Centers for social work as well as poor post-penal assistance for children after their dismissal from the institution.

It is necessary to strengthen the multi-sectoral approach, which is implemented by teams of psychologists, pedagogues, social workers, special educators, psychiatrists, etc. The composition of the team depends on the needs of the child and for the successful implementation of the individual plan with measures and activities. The juvenile's parents should also be included the programs for resocialization, in order to develop better family relationships.

The implementation of the Law on Children Justice is monitored through indicators developed with the help of UNICEF. These indicators demonstrate the exercise of the rights of children in the juvenile justice system and are the basis for their further promotion<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> The data is referring to the period up to 4 May 2021.

<sup>66</sup> Available at: <https://msp.mk/wp-content/uploads/2019/07/Анализа-на-состојбата-во-КПД-и-ВПД-МПД-2018.pdf>.

<sup>67</sup> According to 2016 Annual Report on the work of the State Council for Prevention of Child Delinquency, in most cases the law enforcement agencies and their officers competent in the child justice system apply



According to the organization of the state judicial system, there are no specialized courts for children. In court proceedings against children, decisions are made by juvenile judges, juvenile panels, and their members in specialized juvenile court departments that have been established in the basic courts with extended jurisdiction.

In 2009, a State Council for Prevention of Child Delinquency was established. It has 15 members. The Council adopted the National Strategy for Prevention of Child Delinquency. Each year, the Council prepares an Annual Report containing an analysis of the degree of implementation of the Law on Justice for Children, based on indicators that are used in monitoring the implementation of this Law<sup>68</sup>.

#### 4. Conclusions

With the adoption of the new LES and the amendments to the relevant laws in the field, especially the Criminal Code and the Law on Justice for Children, a significant step forward has been made. However, numerous fundamental shortcomings regarding the treatment and conditions of detention of persons held in prison establishments and, mainly, at Idrizovo Prison remain.

In this regard, RNM and DES have to make an effort to achieve the following prison priorities:

- To include a variety of purposeful activities to convicted and remand prisoners to change their conditions significantly;
- To provide space and security conditions for prisoners to be able to spend a fair amount of time outside their prisons;
- To provide a comprehensive training program for all prison staff to maintain and upgrade their skills;
- To provide training and educational activities for prisoners, mainly in the field of prisoners' rights and legal aid;

---

measures/sanctions that do not involve child freedom deprivation. See also: Ministry of Foreign Affairs III, IV, V and VI report, op.cit.

<sup>68</sup> Available at: <http://dspdp.com.mk/category/dokumenti/izvestai/>.



- To provide an appropriate education for adult and minor prisoners and
- To ensure the Ministry of Health's, Ministry of Justice's and DES's complete, unconditional, and responsible involvement in providing healthcare to prisoners

These are just a few of the issues that must be addressed as soon as possible by the appropriate authorities. Only in this manner, RNM will achieve the goal of providing a new, modern, and humane prison system.



# L'ergastolo ostativo e il diritto penale del nemico: una ricerca sul campo

Carlo Maria MUSTARO\*

Ufficio del Garante per i diritti delle persone private della libertà personale, Comune di Torino

ABSTRACT: The 'ergastolo ostativo' is a legal institution regulated in Italy by articles 22 of penal code, 4-bis, co. 1, and 58-ter O.P. and is applied when a prisoner who is sentenced to life imprisonment decides not to give information about organized criminality he belongs to. The 'ergastolo ostativo' has to be analyzed in relation to the 'penal law of the enemy', which metaphorically refers to provisions conceived for people deemed to be dangerous for society and thus deserving to be interdicted from the social community. In this article, I present the results of a qualitative research including semi-structured interviews to judges and academics about the nature of this institution

## 1. L'ergastolo 'ostativo': inquadramento giuridico

Vendetta, espulsione sociale e morte: tre elementi che efficacemente descrivono la natura della pena dell'ergastolo c.d. 'ostativo'. Quest'ultimo costituisce la grave conseguenza della condanna all'ergastolo per uno dei delitti elencati al comma 1 dell'art 4-*bis* O.P.: in assenza di collaborazione con la giustizia ex art 58-*ter* O.P., per il detenuto ergastolano, non potendo egli accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, “verrebbe (...) a configurar(si) l'unica ipotesi, nell'ordinamento penale vigente, in cui l'ergastolo – pur ove gli esiti del trattamento fossero da valutarsi positivamente – risulterebbe insuscettibile di permettere non soltanto il fine pena, ma addirittura qualsiasi mutamento del regime di

---

\* Contatto: Carlo Maria MUSTARO | [carlo.mustaro@gmail.com](mailto:carlo.mustaro@gmail.com)



esecuzione”<sup>1</sup>. Sembra utile sottolineare come tale fenomeno rappresenti un elemento sistemico del nostro ordinamento, dal momento che, secondo dati raccolti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, nel 2016, il numero di ergastolani ostativi ristretti all'interno delle carceri italiane era di 1.216, ovvero il 72,5% del totale degli ergastolani ivi presenti (1.678). Al 30 giugno 2020, invece, il numero totale dei detenuti ergastolani è sensibilmente cresciuto (1.793), ma non paiono essere disponibili dati aggiornati relativi ai componenti ostativi di tale gruppo di reclusi.

L'istituto in esame trova origine all'interno della 'legislazione d'emergenza' approvata all'inizio degli anni Novanta al fine di contrastare l'*escalation* di violenza prodotta dai fatti criminali commessi dalle organizzazioni mafiose. In particolare, il D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella L. 12 luglio 1991, n. 203, introdusse all'interno della L. 354/1975 l'art. 4-*bis*, la cui prima versione prevedeva che i detenuti condannati per reati riconducibili alla criminalità organizzata potessero accedere alle misure alternative ed ai benefici penitenziari a patto che fossero stati acquisiti "elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva".

A seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992, la disciplina in questione venne modificata ad opera del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella L. 7 agosto 1992, n. 356, il quale dispose che, ai fini dell'ammissione alle misure alternative, ai benefici penitenziari (esclusa la liberazione anticipata *ex art. 54 O.P.*) ed alla liberazione condizionale *ex art. 176 c.p.*, i condannati per reati di mafia o terrorismo avrebbero dovuto collaborare utilmente con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* O.P..

Con le sentenze n. 357 del 1994 e n. 98 del 1995, la Corte costituzionale equiparò alla utile collaborazione, rispettivamente, le ipotesi di collaborazione "impossibile" e di collaborazione "oggettivamente irrilevante" (poi introdotte dal Legislatore all'interno della disposizione penale con la L. 23 dicembre 2002, n. 279): la prima trova la sua ragion d'essere nella limitata partecipazione del soggetto al fatto criminoso, ovvero nell'integrale

---

<sup>1</sup> L. Eusebi (2012) "Ergastolano 'non collaborante' ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di un fine?" *Cassazione penale*, 52(4), 1220-1229.



accertamento dei fatti operato con sentenza irrevocabile; la seconda, invece, può realizzarsi a seguito del riconoscimento al condannato di una delle circostanze attenuanti disciplinate dagli artt. 62, comma 6, 114 e 116, comma 2, c.p.. Entrambe le pronunce costituzionali, inoltre, subordinarono il riconoscimento di una delle due ipotesi di collaborazione appena elencate all'acquisizione di “elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva”.

A partire dai primi anni 2000, poi, l'art. 4-*bis* O.P. subì ulteriori modificazioni, le quali ebbero la conseguenza di allungare e rendere eterogeneo l'elenco dei reati c.d. ‘ostativi’ (quelli di ‘prima fascia’, presenti al comma 1), inserendo all'interno del novero di questi ultimi delitti in alcun modo connessi a mafia e terrorismo.

Sotto il profilo giurisprudenziale, due recentissime pronunce della Corte costituzionale e della Corte Edu, rispettivamente la n. 253 del 2019 e la sentenza Viola c. Italia, hanno avuto il merito di evidenziare alcuni profili di illegittimità costituzionale e convenzionale della disciplina in esame. In particolare, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, O.P. per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p., per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, nonché per gli ulteriori reati elencati al suddetto comma 1, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* O.P., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Insomma, la preclusione assoluta propria del meccanismo dell'ostatività non è stata ritenuta dai giudici costituzionalmente legittima.

Dal canto suo, facendo propri i principi di diritto espressi all'interno delle sentenze Kafkaris c. Cipro e, soprattutto, Vinter c. Regno Unito, la Corte Edu ha sancito inequivocabilmente la non conformità dell'ergastolo ostativo con i parametri di cui all'art. 3 della Convenzione, atteso che tale sanzione penale “limita eccessivamente la prospettiva di rilascio del condannato e la possibilità di riesame della pena”, e finisce così per violare

irrimediabilmente il fondamentale ‘diritto alla speranza’ (*right to hope*) di cui ogni detenuto è titolare<sup>2</sup>.

Recentissima, infine, è l’ordinanza dell’11 maggio 2021, n. 97, della Corte Costituzionale, in occasione della quale quest’ultima ha riconosciuto l’illegittimità costituzionale del meccanismo ostativo, nella parte in cui non permette l’applicazione dell’istituto della liberazione condizionale al detenuto non collaborante (anche qualora il suo ravvedimento risulti sicuro). Nonostante ciò, i Giudici hanno preferito non accogliere immediatamente la questione sollevata dalla Corte di Cassazione, I Sezione penale, con ordinanza del 3 giugno 2020, n. 18518, rinviandone la trattazione a maggio 2022, “per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso, e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi” (comunicato del 15 aprile 2021, rilasciato dall’Ufficio stampa della Corte Costituzionale).

## 2. Ergastolo ostativo e diritto penale del nemico: metodi di ricerca

Parrebbe legittimo domandarsi quale sia il senso dell’interrogarsi intorno alla natura ed alle conseguenze dell’applicazione della pena dell’ergastolo ostativo, dal momento che essa riguarda esclusivamente il 2% circa della popolazione detenuta italiana. La risposta ad un simile quesito risiede nella considerazione secondo la quale l’ergastolo, così come le pene detentive draconiane, rappresentano il “nocciolo duro della penalità”<sup>3</sup>: esse svolgono il ruolo di parametri sulla base dei quali il campo del penale prende concretamente forma. Di

---

<sup>2</sup> D. Galliani, A. Pugiotto (2017) “Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?”, *Rivista AIC*, 1-56, consultabile a questo indirizzo: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/davide-galliani/eppure-qualcosa-si-muove-verso-il-superamento-dell-ostativit-ai-benefici-penitenziari>. Si veda altresì F. Viganò (2012) “Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo”, *Dir. Pen. Cont.*, 4, consultabile al sito <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1616-ergastolo-senza-speranza-di-liberazione-condizionale-e-art-3-cedu--poche-luci-e-molte-ombre-in-due>.

<sup>3</sup> F. Vianello (2015) “‘Mai dire mai’: contro l’ergastolo, per una penalità inquieta”, *Antigone*, 1, 153-176, consultabile a questo indirizzo: [http://www.ristretti.it/commenti/2016/marzo/pdf7/articolo\\_vianello.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2016/marzo/pdf7/articolo_vianello.pdf).



conseguenza, analizzare tale tipologia di sanzione ed il ruolo che essa svolge all'interno del sistema penale diviene concreto strumento di rideterminazione dei confini della penalità tutta. Quanto appena detto non può prescindere dalla valutazione della corrispondenza esistente tra le motivazioni che sorreggono l'applicazione di tale tipologia di punizione e i caratteri del c.d. 'diritto penale del nemico'. Quest'ultimo è diretta espressione di una penalità volta all'esclusione (anche perpetua) dal consorzio sociale di 'tipi d'autore' considerati pericolosi poiché non assicurano alcuna garanzia di comportamento conforme alle aspettative normative: la neutralizzazione di questi soggetti è essenziale ai fini della difesa sociale.

L'analogia appena richiamata è stata rilevata a partire dallo studio dei risultati di una ricerca qualitativa svolta somministrando un'intervista semi-strutturata ad un campione composto da soggetti appartenenti a due distinti gruppi professionali: giudici ed accademici. In relazione al primo gruppo, sono state effettuate quattro interviste, di cui tre ad altrettanti magistrati di sorveglianza (in ragione della loro funzione e, quindi, del loro diretto coinvolgimento nell'operatività del meccanismo ostativo), ed una ad un soggetto che ha svolto per molti anni la funzione di pubblico ministero (utile ai fini dell'indagine sullo sguardo della pubblica accusa intorno all'istituto di cui al combinato disposto degli artt. 22 c.p. e 4-bis, comma 1, O.P.).

Sono stati tre, invece, gli accademici intervistati, scelti in ragione del loro concreto impegno per la tutela dei diritti delle persone recluse e per l'approfondita conoscenza delle tematiche relative alla pena dell'ergastolo 'ostativo'. Il confronto realizzato con gli intervistati ha permesso, da un lato, di indagare il ruolo che tale sanzione penale svolge in relazione all'ideologia penalistica del 'diritto penale del nemico'; dall'altro, di analizzare le differenti prospettive attraverso cui i componenti dei due gruppi sopra citati guardano all'opportunità di tale istituto. In particolare, se i rappresentanti del mondo accademico ne scorgono le criticità, i profili di illegittimità costituzionale e convenzionale, e ne chiedono una revisione, i giudici ne condividono, invece, le motivazioni di base e, di conseguenza, la necessità quasi ontologica.

Si può fin d'ora affermare come la grande diversità delle esperienze professionali e, quindi, degli elementi propri della cultura giuridica interna ai due gruppi siano alcuni dei



motivi della difformità dei loro giudizi: la casistica giurisprudenziale e gli ingenti carichi di lavoro sopportati dai magistrati determinano, tra questi ultimi, la genesi di vere e proprie categorie antropologiche utili ai fini della decisione. In quest'ottica, l'automatismo *ex art. 4-bis*, comma 1, O.P., pur obliterando la discrezionalità dei giudicanti, non viene da essi percepito come inibente il loro potere decisionale, dal momento che tale meccanismo di fatto rappresenta la trasposizione legislativa delle decisioni che questi ultimi adotterebbero in relazione ai casi concreti a cui tale istituto si applica.

In buona sostanza, le motivazioni sottese al *Feindstrafrecht* finiscono per influenzare i giudici di sorveglianza nell'esercizio della loro funzione, diventando inevitabilmente componenti della loro cultura giuridica: ai casi concreti (i detenuti, per quanto riguarda la magistratura dell'esecuzione) ed alle norme giuridiche vengono così attribuiti significati conformi a tali componenti, e, di conseguenza, viene operata una ridefinizione della *ratio* degli istituti giuridici in funzione dei soggetti a cui essi vengono applicati.

Indagare il privilegiato rapporto esistente tra “pena di morte viva”<sup>4</sup> e diritto penale del nemico, allora, diventa essenziale ai fini dell'analisi (di parte) degli elementi che compongono la cultura giuridica dei giudicanti e, di conseguenza, del ruolo che la pena perpetua svolge nel sistema penale. Solo così risulterà possibile contribuire ad una concreta ridefinizione della penalità tutta.

## 2.1. Gli elementi del *Feindstrafrecht* nelle parole dei soggetti intervistati

Si è precedentemente definita, seppure molto sommariamente, la *ratio* che sottende a quella particolare forma di diritto penale di nome *Feindstrafrecht*. Quest'ultimo sottintende una “concezione ontologista”<sup>5</sup> del bene giuridico tutelato, che può considerarsi espressione di una visione propria del c.d. ‘legalismo etico’: “i comportamenti immorali o naturalmente abnormi o socialmente dannosi sono tali (solo) perché puniti dalla legge come reati” (*peccata quia*

---

<sup>4</sup> C. Musumeci (2010) *Gli uomini ombra e altri racconti*, Verona, Il segno dei Gabrielli.

<sup>5</sup> F. Resta (2006) “Nemici e criminali. Le logiche del controllo”, *Ind. Pen.*, 1, 181-221, p. 182.



*prohibita*), e ciò vale “a neutralizzare il giudizio morale e politico subordinandolo alle scelte potestative del sistema penale”<sup>6</sup>.

Insomma, il diritto penale del nemico tende a “fondare sul diritto positivo, assunto come fatto sovra-politico poco meno che naturale, una specifica etica statale”<sup>7</sup>: “la perturbazione dell'ordine normativo arrecata dal delitto”<sup>8</sup> diviene, allora, il parametro del suo retribuzionismo. L'eticizzazione del diritto tipica del *Feindstrafrecht* comporta l'ingresso di forme di sostanzialismo e soggettivismo all'interno del sistema penale, con la conseguenza che si assiste sempre più ad un'alterazione del “principio di legalità nell'identificazione di ciò che è punibile: non più il reato, ma il reo”<sup>9</sup>.

Effetti di tale fenomeno sono riscontrabili all'interno della disciplina di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, O.P., con riferimento alla quale la Corte Costituzionale si è spinta ad affermare che “appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di ‘tipi d'autore’, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita” (sentenza n. 306 del 1993). Sotto questo profilo, pare utile riportare quanto affermato dall'intervistato n. 4, le cui parole sintetizzano altresì la visione dei magistrati intervistati sul punto:

Ma soggetti come quelli legati ad associazioni criminali, che da anni, e tra l'altro per tradizione familiare, sono assolutamente irrecuperabili. Quindi, sotto questo punto di vista, è comprensibile che non passino attraverso... se hanno una condanna, quella condanna devono espiarla. (Intervista n. 4)

In buona sostanza, il giudice aderisce all'idea (avallata dalla sua esperienza professionale) che esistano tipologie di autori di reato nei confronti dei quali, abbandonata ogni istanza risocializzante, debbono essere praticate l'esclusione e la segregazione punitiva. In effetti, l'automatismo legislativo tipico della normativa in esame costituisce diretta espressione del diritto penitenziario d'autore richiamato dal Giudice delle leggi ed individuabile nelle parole del magistrato intervistato: sulla base della considerazione circa

<sup>6</sup> L. Ferrajoli (2018) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, p. 369.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 216.

<sup>8</sup> Resta (2006), cit., p. 190.

<sup>9</sup> L. Ferrajoli (2006) “Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale”, *Questione giustizia*, 4, 798-814, p. 804.



l'esistenza di soggetti "irrecuperabili"<sup>10</sup>, esso dà vita ad una presunzione legale "al cubo"<sup>11</sup>, la quale si sostanzia nella doppia presunzione di pericolosità sociale e di permanenza dell'adesione al consorzio criminale – "entrambe ostative alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative"<sup>12</sup> alla detenzione –, nonché dall'ulteriore presunzione che vede nella condotta collaborativa la prova inequivocabile dell'avvenuto ravvedimento del detenuto.

Insomma, nei confronti di alcune tipologie di soggetti legalmente individuate, la risposta penale finisce per caratterizzarsi, nella fase comminatoria, per gli elevatissimi livelli di pena e, nella fase esecutiva, per la natura repressiva della modalità di esecuzione della sanzione.

Però, devo essere sincera, la mia coscienza non mi rimorderebbe: se io fossi stata il magistrato di sorveglianza di Totò Riina, forse mi sarei decisa a scarcerarlo proprio in *limine mortis*, per consentirgli una morte dignitosa. Ma al di là di questo, proprio no. (Intervista n. 5)

Le parole del magistrato di sorveglianza intervistato danno la misura del carattere sostanzialista e totalmente retributivo, e della disciplina di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, O.P., e del modo di intendere la funzione giurisdizionale da parte di alcuni giudici dell'esecuzione: esistono soggetti che non possono moralmente essere ritenuti (e quindi trattati alla stregua di) persone, in quanto rei di avere commesso crimini atroci. Ad essi, il giudice può tutt'al più consentire una morte dignitosa, la quale finisce per costituire una concessione, quasi una forma di grazia: non esiste alcuno spazio di riconoscimento di diritti nei confronti di detenuti espropriati dei fondamenti della propria dignità. Nei confronti di "uomini ombra"<sup>13</sup> che hanno già perso tutto.

---

<sup>10</sup> Vianello (2015), cit.

<sup>11</sup> C. Musumeci, A. Pugiotto, D. Galliani (2016) *Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, Editoriale scientifica, p. 90.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Musumeci (2010), cit.



Si è detto come il legalismo etico tipico del *Feindstrafrecht* ed il sostanzialismo penale rappresentino due facce della stessa medaglia: se, durkheimianamente parlando, in società caratterizzate da forme di solidarietà meccanica, la coesione sociale è garantita dalla condivisione di valori morali, in società caratterizzate da forme di solidarietà organica, “l’ordinamento giuridico, con le sue norme astratte e i suoi rapporti depersonalizzati, sostituisce la fiducia personale con la fiducia istituzionale”<sup>14</sup>. In questo senso, il diritto svolge la funzione “di orientamento dell’azione e di istituzionalizzazione delle aspettative”<sup>15</sup>, ed assicura la sola forma di fiducia possibile all’interno di sistemi sociali complessi.

Quanto alla sanzione penale, essa finisce per ricoprire un ruolo di prim’ordine all’interno di questo quadro: dal momento che il crimine, ovvero la violazione dei *frames* definiti dalle norme, mina direttamente la fiducia dei terzi nell’ordinamento giuridico, la pena non può che rappresentare “un’espressione simbolica contraddittoria rispetto a quella rappresentata dal reato”<sup>16</sup>, la quale ristabilisce la stessa fiducia erosa dalla commissione del delitto.

In definitiva, all’interno di sistemi sociali complessi, il diritto penale sembra maggiormente votato alla difesa della forza dell’ordinamento nell’esercizio della sua funzione di orientamento dell’azione, piuttosto che alla tutela di beni giuridici: “compito della pena è il mantenimento della norma come modello di orientamento per il contratto sociale”<sup>17</sup>, la portata inclusiva del quale si fonda sulla costruzione, sulla netta delimitazione e sulla condivisione di un “orizzonte di senso comune”<sup>18</sup> all’interno del quale è garantita la sicurezza cognitiva, nella misura in cui i rapporti sociali si producono e si riproducono secondo i *frames* stabiliti dalle norme. Di conseguenza, la nozione di ‘persona’ non rappresenta più un

<sup>14</sup> A. Baratta (1984) “Integrazione-prevenzione, una ‘nuova’ fondazione della pena all’interno della teoria sistemica”, *Dei delitti e delle pene*, 5, 5-26, p. 6.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> G. Jakobs, (1983) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlino, New York, De Gruyter, citato da A. Baratta (1984), cit.

<sup>18</sup> D. Melossi (2002) *Stato, controllo sociale, devianza: teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano, Person Italia Spa.



costrutto naturale, bensì un “concetto normativo”<sup>19</sup>, una “costruzione sociale”<sup>20</sup> che può essere attribuita agli individui a seconda che questi soddisfino o meno le aspettative normative.

Ecco allora individuata la genesi della differenziazione tra *Burgerstrafrecht* e *Feindstrafrecht*: il primo si applica ai soggetti che, comportandosi conformemente ai *frames* espressi dal diritto, possono legittimamente essere definiti cittadini-persone; il secondo, invece, deve essere applicato alle *Unpersonen*, ovvero ad individui che non garantiscono il grado di sicurezza cognitiva necessario alla conservazione del sistema sociale.

La netta separazione tra ‘diritto penale del cittadino’ e ‘diritto penale del nemico’ colpisce maggiormente quei settori del sistema penale che disciplinano reati di particolare allarme sociale. In quest’ottica, i delitti di cui al comma 1 dell’art. 4-bis O.P. identificano categorie di ‘nemici’ che debbono necessariamente essere escluse dal consorzio sociale (perfino a vita, nel caso degli ergastolani ostativi). Le preclusioni legali assolute che regolano l’ostatività all’accesso ai benefici penitenziari esprimono valutazioni deterministiche nei confronti di questa tipologia di detenuti, negando loro “la contingenza comportamentale e la libertà di scelta”<sup>21</sup> che, invece, rappresenta uno degli elementi del *Burgerstrafrecht*.

È uno strumento (l’art. 4-bis, comma 1, O.P.) invece che è orientato al crimine organizzato e adesso, dati i temi di questa problematica di terrorismo internazionale, di radicalizzazione, che è di nuovo una cosa che come tipo di modello comportamentale si può avvicinare al crimine organizzato, perché comunque è un credo, una fede, un vincolo che ti cala interamente dentro il reato, cioè chi lo commette è il reato. Detto in modo un po' banale, non voglio fare una generalizzazione, però c'è una forte identificazione tra l'autore del reato ed il reato stesso. (Intervista n. 7)

---

<sup>19</sup> G. Losappio (2007) “Diritto penale del nemico, diritto penale dell’amico, nemici del diritto penale”, *Indice penale*, 10(1), 51-63.

<sup>20</sup> M. Pavarini (2006) “La neutralizzazione degli uomini inaffidabili: la nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulle guerre alle *Unpersonen*”, *Studi sulla questione criminale*, 1(2), 7-30.

<sup>21</sup> Resta (2006), cit., p. 194.



L'idea dell'identificazione tra autore di reato e delitto espressa dal magistrato di sorveglianza intervistato è diretta espressione del sostanzialismo penale tipico del *Feindstrafrecht*: si punisce più 'per ciò che si è', piuttosto che 'per ciò che si fa'. Chi si pone al di fuori dei confini del patto sociale tracciati e difesi dal diritto penale deve essere neutralizzato, pena la messa a rischio della tenuta del sistema sociale interamente considerato. Si assiste così allo scontro tra "ragion di Stato e nemico-criminale, ma ancor più tra ragion di Stato e Stato di diritto"<sup>22</sup>, il quale si consuma sul terreno della lotta al terrorismo, alle mafie e ad ogni altro evento considerato in grado di mettere in pericolo la sopravvivenza del Leviatano (si pensi all'allungamento dell'elenco dei reati ostativi c.d. 'di prima fascia'). Quest'ultimo finisce per rappresentare "un fine non fondato che su se medesimo e fondamento a sua volta di mezzi giuridici che restano flessibili, mutevoli, manipolabili ad arbitrio"<sup>23</sup>. Insomma, "*salus rei publicae suprema lex esto*": ciò che conta è esclusivamente la "autoconservazione del sistema politico"<sup>24</sup>.

Nello Stato etico hegeliano così individuato, la validità di una norma viene ad essere identificata con la sua mera "esistenza giuridica, quale prodotto di un atto normativo conforme alle norme sulla sua produzione"<sup>25</sup>. Invero, il processo di giuridicizzazione del dover essere extra-giuridico proprio degli Stati di diritto ha trasformato "in norme di legittimazione interna di rilievo solitamente costituzionale (...) gran parte delle fonti di giustificazione esterna relative al 'quando' e al 'come' dell'esercizio dei pubblici poteri"<sup>26</sup>. Di conseguenza, negli odierni Stati costituzionali, "la validità delle norme (...) risiede nella loro conformità non solo formale ma anche sostanziale a norme di livello superiore, che non solo disciplinano le forme, ma dettano anche vincoli di contenuto all'esercizio del potere normativo"<sup>27</sup>.

In definitiva, seppure sia indubbio che i *frames* definiti dalle norme penali rappresentino condizioni di autoconservazione ed autoriproduzione del sistema di potere

---

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 209.

<sup>23</sup> L. Ferrajoli (1984) "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", *Dei delitti e delle pene*, 2(2), 271-292.

<sup>24</sup> Ferrajoli (2018), cit., p. 264.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 349.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 348.

<sup>27</sup> *Ibidem*.



costituito, non può sottacersi il fatto che il *Feindstrafrecht* esprima una profonda disfunzionalità rispetto ad ordinamenti giuridici organizzati secondo una rigida gerarchia delle fonti e che consentono “un sindacato di legittimità dei contenuti delle singole norme non già autoreferenziale (seppur intra-sistemico), ma eterointegrato” secondo i valori etico-politici espressi dalla Costituzione<sup>28</sup>.

## 2.2. La collaborazione con la giustizia e la negoziazione della pena

Si è detto come, all'interno della logica del diritto penale del nemico, la pena finisca per rappresentare, da un lato, lo strumento materiale ai fini del bando e dell'esclusione dei nemici, dall'altro, l'occasione di riaffermazione della fiducia nell'ordinamento scalfita dal delitto. In quest'ultimo senso, la punizione è in grado di svolgere la sua funzione sociale poiché essa costituisce il mezzo simbolico attraverso cui si realizza lo ‘scambio penale’ tipico dei sistemi sociali complessi: il reo diventa il “supporto psico-fisico”<sup>29</sup> della contrattazione *sui generis* che vede l'opinione pubblica partecipare all'inflizione della pena-vendetta nei confronti del criminale-nemico (attraverso il meccanismo di identificazione con la vittima di reato<sup>30</sup>), ed il potere statale legittimarsi in ragione della produzione funzionale di (falsa) sicurezza originatasi dalla comminazione della sanzione penale.

Quanto appena detto risulta valido per i momenti edittale e comminatorio (che si caratterizzano per un utilizzo principalmente simbolico-espressivo della pena), ma non per la fase esecutiva, che invece si contraddistingue per il suo ruolo di razionalizzazione delle risorse del sistema penale. La rinuncia a punire che il sistema penitenziario realizza in cambio della “produzione funzionale di consenso”<sup>31</sup> da parte dei condannati, infatti, costituisce lo strumento essenziale ai fini del mantenimento della “efficacia dell'azione punitiva”, la quale

---

<sup>28</sup> Resta (2006), cit., pp. 196-197.

<sup>29</sup> Baratta (1984), cit.

<sup>30</sup> D. Garland (2004) *La cultura del controllo*, Roma, Il Saggiatore.

<sup>31</sup> M. Pavarini (1986) “L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno”, *Questione giustizia*, 1986, 4, 804-816.



non risulta più “in ragione dei *telos* esterni al sistema (educare e intimidire), ma (...) di esigenze intrasistemiche (neutralizzare e ridurre i rischi)”<sup>32</sup>.

Tale fenomeno di negoziazione della risorsa repressiva non rappresenta un elemento “patologico e in qualche modo correggibile (...). Al contrario: la disintegrazione del principio dell’intangibilità del giudicato è il prezzo necessario che il sistema penale deve pagare se pretende di realizzarsi pienamente come strumento di controllo sociale”<sup>33</sup>. Esso si fonda su di una serie di meccanismi premiali oculatamente predisposti per la fase esecutiva, i quali permettono il governo amministrativo del carcere e finiscono per costituire “una caratteristica “immanente” del sistema penitenziario disciplinare”<sup>34</sup>.

La logica premiale trova compiuta espressione nel combinato disposto degli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* O.P. L’ostatività alla concessione dei benefici penitenziari, infatti, può essere superata esclusivamente in virtù di una utile collaborazione con la giustizia: quest’ultima rappresenta la condizione che il detenuto deve necessariamente soddisfare per ottenere il ‘premio’ consistente nella possibilità del vaglio giurisdizionale sulle sue richieste di ammissione alle misure alternative o ai benefici penitenziari.

Appare evidente la peculiarità dei termini di questa particolare forma di scambio penitenziario: non è sufficiente la partecipazione all’opera trattamentale intramuraria, al detenuto ostativo è richiesta la condotta qualificata della collaborazione con la giustizia. Il soddisfacimento del requisito *ex art. 58-ter* O.P., inoltre, non comporta l’automatica concessione delle misure alternative o dei benefici penitenziari, ma solo il vaglio giurisdizionale dei giudici di sorveglianza. Non esiste alcuna garanzia di risultato, insomma.

Risulta chiaro, allora, come il soggetto collaborante non ottenga alcun reale ‘premio’ dalla conclusione dello scambio fin qui descritto, se non quello di evitare un *surplus* punitivo derivante dalla mancata collaborazione (ovvero l’automatica preclusione all’accesso a qualsivoglia misura extra-muraria). In questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale

<sup>32</sup> Pavarini (2006), cit.

<sup>33</sup> M. Pavarini (2000) “Lotta alla criminalità organizzata e ‘negoziazione’ della pena”, *Critica del diritto*, 2, 129-141.

<sup>34</sup> B. Spricigo (2013) “La ‘riflessione critica sul reato’ e l’automatismo ostativo di cui all’art. 4-*bis* OP”, *Criminalia*, 619-641, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.edizioniets.com/criminalia/2013/pdf/13-3-Spricigo2.pdf>.



all'interno della sentenza n. 253 del 2019, in occasione della quale il Giudice delle leggi ha inteso chiarire che, “un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presti una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante”.

Ma quali sono i fini a cui mira il sistema penale attraverso lo sfruttamento di questa forma di premialità? Sicuramente esigenze investigative e di politica criminale: le informazioni ottenute tramite la collaborazione sono fonti utilissime (spesso necessarie) ai fini della cattura degli autori di reati associativi e della completa ricostruzione dei fatti (in questo senso, nuovamente Corte costituzionale, 23/10/2019, n. 253). Inoltre, la collaborazione assicura l'interruzione degli eventuali legami del detenuto con l'associazione criminale esterna, poiché essa difficilmente riammetterà al suo interno un soggetto considerato 'pentito'. Di conseguenza, il livello di pericolosità sociale del reo si riduce fortemente.

L'istituto disciplinato dall'art. 4-*bis*, comma 1, O.P. svolge altresì una funzione di carattere simbolico: favorire la condotta *ex art. 58-ter* O.P. garantisce l'effettiva realizzazione della logica preventivo-integrativa, nella misura in cui le informazioni ottenute permettono la severa punizione di tutti gli autori di reati di elevato allarme sociale (quali sono quelli di 'prima fascia').

... anche se guarda la questione dal punto di vista di prevenzione, sempre speciale, ma questa volta negativa, quindi, in sostanza, il prevenire reati da parte di quella persona, ancora una volta il meccanismo è in parte diabolico, perché non interessa al legislatore il motivo per il quale ha collaborato, l'importante è che collabora. E quindi può esserci alla base della collaborazione qualunque tipo di motivo, e questo potrebbe essere di particolare preoccupazione nel momento in cui lei pensa all'incapacitazione o comunque sia alla prevenzione speciale negativa: se una persona collabora con la giustizia, ma lo fa per tornare a delinquere, lei capisce che l'ordinamento non riesce nemmeno a configurare quella funzione della pena. (Intervista n. 6)



L'intervistato pone una questione molto importante, che può essere analizzata alla luce di quanto più sopra detto: il meccanismo ostativo si giustifica nella misura in cui alle finalità di prevenzione speciale negativa affianca quelle di prevenzione generale. Infatti, dal momento che l'incapacitazione del reo (tipica della logica del *Feindstrafrecht*) viene meno a seguito di un'utile collaborazione con la giustizia e che all'ordinamento non interessa quali siano i motivi che lo hanno spinto a collaborare, si può legittimamente ipotizzare che la decisione di tenere la condotta *ex art. 58-ter* O.P. sia esclusivamente frutto di un calcolo utilitaristico del condannato. Di conseguenza, il sistema penale permetterebbe l'accesso alle misure extra-murarie a soggetti potenzialmente ancora legati alle associazioni criminali di provenienza, facendo decadere ogni finalità specialpreventiva negativa, che verrebbe così sostituita dagli obiettivi propri della prevenzione generale. In ultima analisi:

... dalla collaborazione dell'autore di reato deriverebbe una maggiore intimidazione nei confronti dei criminali o dei potenziali aspiranti, ma anche una maggiore fiducia da parte dei consociati nella capacità delle agenzie di controllo di contrastare il fenomeno criminale; ove invece non venisse raccolto l'invito a collaborare, l'ordinamento, presumendo non risocializzabile l'autore del reato, finirebbe per applicare la pena come neutralizzazione perpetua<sup>35</sup>.

Sotto il profilo delle conseguenze materiali prodotte dall'automatismo legislativo *ex art. 4-bis* O.P., la disciplina in esame costituisce “un sotto-sistema normativo che, nella delicata fase di esecuzione della pena, impone – in termini di fatto ricattatori – l'offerta di benefici penitenziari in cambio di comportamenti, nella sostanza, autoaccusatori e/o di delazione”<sup>36</sup>.

... il fatto che si siano sentiti dalla normativa, tra virgolette “costretti” (a collaborare)... beh, allora non si dovrebbe prevedere una pena per niente, perché la previsione della pena vuol costringere uno a non commettere il fatto. (Intervista n. 1)

<sup>35</sup> Spricigo (2014), cit, p. 627.

<sup>36</sup> *Ibidem*.



Il soggetto intervistato sembra valutare positivamente la forma di ‘incentivazione’ alla collaborazione tipica dell’ostatività. Il parallelismo con la tipologia di costrizione propria della prospettiva generalpreventiva negativa non sembra però essere del tutto convincente: è sicuramente vero che la pena astrattamente prevista dal legislatore limita la libertà dei consociati, ma ciò avviene senza l’utilizzo di coazione fisica, avvalendosi esclusivamente della minaccia della sanzione.

La condizione degli ergastolani ostativi, invece, è profondamente differente: lo strumento di incentivazione alla collaborazione è costituito proprio dall’afflizione psico-fisica alla quale i detenuti sono sottoposti durante la detenzione (basti pensare alla negazione dell’esercizio del proprio diritto alla sessualità; ad un regime detentivo esclusivamente intramurario e, spesso, *ex art. 41-bis O.P.*), ed in ragione di quest’ultima. Questa tipologia di reclusi, infatti, essendo stata privata *sine die* della propria libertà personale, si trova di fatto alla mercé di un’istituzione penitenziaria che esercita su di essa un potere ‘totale’<sup>37</sup>, la cui capacità di pressione è tanto più insopportabile (e, quindi, efficace) quanto più dura ed afflittiva è la condizione detentiva di chi la subisce.

In definitiva, “il sistema carcerario diventa (...) uno strumento inquisitorio per favorire la collaborazione, nella sostanza non dissimile da quelli premoderni che si fondavano sulla minaccia ed effettività della tortura per favorire la confessione”<sup>38</sup>.

Io posso anche volontariamente scegliere di non collaborare con la giustizia; lo posso fare, è una mia scelta processuale, quindi, nel momento in cui io vengo condannato, me ne assumo le conseguenze. Ma se, indipendentemente dal mio atteggiamento, diciamo così, ostruzionistico nei confronti della giustizia. (Intervista n. 5)

Le parole del magistrato di sorveglianza esprimono l’idea secondo la quale la mancata collaborazione dell’imputato in fase processuale (ma lo stesso vale, *mutatis mutandis*, anche in fase esecutiva) debba essere valutata alla stregua di “un atteggiamento ostruzionistico nei

---

<sup>37</sup> E. Goffman (2010) *Asylums: le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Einaudi. Si veda anche M. Foucault (2014) *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi.

<sup>38</sup> Pavarini (2000), cit.



confronti della giustizia”. “Sei colpevole ed io devo punirti”, poco importa delle garanzie offerte dal diritto di difesa. Va però ricordato che il diritto al silenzio rappresenta diretta espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, che non può in alcun modo essere capovolto “in un gravoso onere di collaborazione”, il quale, “non solo richiede la denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati” (Corte costituzionale, 23/10/2019, n. 253)<sup>39</sup>.

La condizione appena descritta non pare poter essere sanata dall’adesione all’orientamento che considera la condotta *ex art. 58-ter O.P.* come presupposto del ‘sicuro ravvedimento’ (requisito essenziale ai fini della concessione della liberazione condizionale *ex art. 176 c.p.*): esso deve essere necessariamente perseguito nel rispetto della libertà morale del detenuto, la quale, invece, pare totalmente annullata da un meccanismo “che piega il foro interno del condannato, spingendolo fino all’ultimo ripostiglio in cui si nasconde, clandestino, il nemico: nella propria anima”<sup>40</sup>.

Ancora una volta, ecco svelata la logica del diritto penitenziario d’autore che informa la disciplina di cui all’art. 4-*bis*, comma 1, O.P.: il condannato viene punito non soltanto per il fatto di reato commesso, ma anche in virtù della sua (presunta) natura criminale; “le leggi ti tormentano, perché sei reo, perché puoi esser reo, perché voglio che tu sii reo”<sup>41</sup> (C. Beccaria, 1764).

Nella prospettiva appena delineata, il doppio binario trattamentale prodotto dall’istituto dell’ostatività rappresenta un formidabile strumento ai fini della differenziazione dei detenuti (prima ancora che del trattamento esecutivo): è possibile distinguere tra persone e *Unpersonen* anche all’interno della prigione. In effetti, “esistono due classi di criminali, due categorie sociali, psicologiche, psichiatriche (...): da una parte i poveri diavoli e, dall’altra, i

<sup>39</sup> Nello stesso senso, A. Pugiotto (2013) “Una *quaestio* sulla pena dell’ergastolo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile al seguente indirizzo: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2127-una-quaestio-sulla-pena-dell-ergastolo>.

<sup>40</sup> Musumeci et al. (2016), cit.

<sup>41</sup> C. Beccaria (1773) *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, consultabile al seguente indirizzo: [http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume\\_7/t157.pdf](http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf).



duri, gli irrecuperabili. Quelli di cui non si può fare niente, e di cui bisogna fare sì che non siano più niente”<sup>42</sup>.

Riconoscendoli quali “nemici”, il regime detentivo (meramente custodiale e segregativo) *ex art. 4-bis*, comma 1, O.P. dispone la definitiva esclusione dal consorzio sociale degli ergastolani non collaboranti, e così “realizza il famoso sostituto tanto cercato alla pena capitale (...): la reclusione indefinita e completa”<sup>43</sup>.

Bisogna, senza retorica, prendere atto che ci sono, invece, molte situazioni in cui la rieducazione è una mera chimera, ed io lo vedo nei miei certificati penali: gente che ha due, tre misure alternative e continua regolarmente. Solo un ingenuo può pensare alla rieducazione per tutti. Ma, del resto, l’articolo della Costituzione dice “deve tendere”, cioè come aspirazione. (Intervista n. 4)

Ancora:

...perché poi l’ergastolo ostativo fondamentalemente ce l’hanno quelli condannati per associazionismo mafioso e per delitti, omicidi. Per omicidi. Omicidi di mafia, che sono cose decisamente brutte nelle modalità commissive, nelle ragioni della commissione ecc. Quindi sono persone che dal punto di vista umano sono cascate davvero in un pozzo abbastanza profondo. (Intervista n. 7)

Le parole dei magistrati di sorveglianza qui riportate confermano l’adesione di questi ultimi all’idea che esistano soggetti moralmente inadeguati ad essere considerati meritevoli componenti del consorzio sociale.

... io trovo tutto questo discorso teorico, terribilmente teorico. Fatto da chi non lavora dentro questo tipo di ... soprattutto non lavora negli ambienti e sulle realtà che da questo tipo di criminalità sono colonizzate. (Intervista n. 7).

---

<sup>42</sup> M. Foucault (2011) *L'emergenza delle prigioni: interventi su carcere, diritto, controllo*, Firenze, La casa Usher.

<sup>43</sup> *Ibidem*.



Riflettere sull'ergastolo ostativo nei termini di una pena contraria alla dignità umana viene considerato un mero esercizio retorico, svolto da persone che non hanno contezza degli uomini e dei fatti di cui si tratta. Arrivati a questo punto, è possibile ipotizzare che la definizione del magistrato di sorveglianza nei termini di giudice della persona (e non del fatto) influenzi profondamente il suo sguardo sui detenuti: la valutazione della personalità dei condannati necessariamente presuppone una forma di giudizio sul foro interno di questi ultimi. Risulta molto difficile smarcarsi da un meccanismo decisionale così connotato, tipico di un "processo sull'autore"<sup>44</sup> che mette a serio rischio la stessa terzietà del giudice.

Si potrebbe dire ancora molto intorno alla cultura giuridica interna agli esponenti di una funzione giurisdizionale che, obliterata ogni spinta verso la tutela dei diritti dei reclusi, si considera sempre più soggetto partecipe del potere punitivo. Quello che è certo è che, nei confronti di alcune tipologie di autore (legalmente definite e non), le decisioni dei giudici di sorveglianza intervistati tendono a fondarsi su di elementi da loro precostituiti (per via delle loro esperienze professionali, di vita, di esigenze di smaltimento di grossi carichi di lavoro), di cui il diritto penale del nemico è certamente una componente. Tale fenomeno consente ai giudicanti decisioni più rapide e, nella loro prospettiva, più 'giuste' (perché logicamente orientate), e finisce per attivare nuovi processi di significazione nei confronti dei reclusi e degli istituti giuridici ad essi applicati.

In particolare, la cultura giuridica interna alla magistratura di sorveglianza contribuisce all'individuazione di una nuova *ratio* delle norme giuridiche e, nell'accompagnarsi ad una (ferrea) categorizzazione dei soggetti-oggetto di giudizio, realizza l'annullamento di una reale valutazione casistica nei confronti degli ergastolani ostativi. Insomma, la cultura interna dei giudici di sorveglianza contribuisce alla concreta ridefinizione della funzione sociale e giuridica degli istituti dell'ordinamento: l'ergastolo ostativo altro non è se non un vero e proprio strumento del *Feindstrafrecht*.

---

<sup>44</sup> Spricigo (2014), cit.



# Scarcerazioni facili o coscienza collettiva? Una critica garantista dell'antimafia tradizionale

Vincenzo SCALIA\*  
Università degli Studi di Firenze

**ABSTRACT:** The problematic health situation created by COVID-19 outbreak has had implications also on the penal systems. In Italy, the release of inmates who could be entitled of anticipated liberation has been suggested as a means to reduce overcrowding. However, part of public opinion protested against the liberation of inmates sentenced for mafia-related crimes. This article offers a critical examination of these facts, by focusing on the moral entrepreneurship of the anti-mafia movement that instrumentally uses the concept of 'legality' to build academic, journalistic and political careers at expenses of the rights of inmates

## 1. Introduzione

La crisi innescata dall'emergenza COVID si è ripercossa anche sulla sfera penitenziaria, provocando, nel marzo del 2020, diversi episodi di malcontento in vari istituti di pena sparsi per il territorio nazionale. Alla repressione che ne è seguita, si è accompagnata una mobilitazione mediatica diffusa, che ha associato le sollevazioni ad un'azione di etero direzione da parte della criminalità organizzata, ispirando così una stretta sui benefici a cui i detenuti condannati per associazione a delinquere di stampo mafioso avrebbero diritto per legge<sup>1</sup>.

---

\* Contatto: Vincenzo SCALIA | vincenzo.scalia@unifi.it

<sup>1</sup> Cfr. La Repubblica, 4 giugno 2020, consultabile al sito: [https://www.repubblica.it/cronaca/2020/06/04/news/mafiosi\\_scarcerati\\_la\\_funzionaria\\_che\\_ha\\_firmato\\_di\\_routine\\_finisce\\_sul\\_banco\\_degli\\_imputati-258397672/](https://www.repubblica.it/cronaca/2020/06/04/news/mafiosi_scarcerati_la_funzionaria_che_ha_firmato_di_routine_finisce_sul_banco_degli_imputati-258397672/).



Settori dell'associazionismo antimafia si sono mobilitati contro quelle che considerano 'scarcerazioni facili', trovando la sponda del conduttore televisivo Massimo Giletti, su cui si sarebbe espresso il boss di Cosa Nostra<sup>2</sup> Filippo Graviano. Le affermazioni di quest'ultimo sono state considerate alla stregua di minacce, fino al punto da convincere la polizia ad assegnare una scorta al conduttore televisivo. Questo episodio è stato letto, da parte dell'opinione pubblica più favorevole al mantenimento delle misure di emergenza contro la criminalità organizzata, come la riprova dell'egemonia che le mafie eserciterebbero all'interno dell'universo carcerario, fino al punto di spingere il Ministro della Giustizia a firmare un decreto contro le 'scarcerazioni facili'<sup>3</sup>.

Questo contributo vuole essere una riflessione in merito allo stretto legame che sussiste, ormai da un trentennio, tra il movimento, le politiche e i discorsi sull'antimafia da un lato e il giustizialismo penale dall'altro. A partire dalle emergenze come il collante della politica e della società italiana, si proverà ad esaminare il rapporto tra antimafia e giustizialismo cercando di mostrare come le misure di emergenza, a partire dal 41-*bis* e dall'ergastolo ostativo, oltre a non essere efficaci sul piano della lotta alle organizzazioni criminali, sortiscano il duplice effetto sia di creare una coorte di imprenditori morali<sup>4</sup> che di riprodurre le violazioni dei diritti umani che il giustizialismo comporta, sia direttamente, verso i condannati al 41-*bis*, sia indirettamente, verso i detenuti. In particolare, il discorso verterà sui processi di costruzione sociale dell'antimafia<sup>5</sup> in relazione alla penalità, utilizzato come strumento di coesione sociale attraverso il ricorso alla coscienza collettiva, così come analizzato da Emile Durkheim<sup>6</sup>.

Nelle conclusioni, si proverà a riaffermare il nesso tra efficienza e rispetto dei diritti fondamentali come fondamento degli Stati di diritto<sup>7</sup>, e alla necessità di un cambiamento

<sup>2</sup> Cfr. Il Fatto Quotidiano, 10 agosto 2020, consultabile al sito: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/08/10/massimo-giletti-sotto-scorta-dopo-le-minacce-del-boss-filippo-graviano-dal-carcere/5895486/>.

<sup>3</sup> Cfr. La Repubblica, 5 agosto 2020, consultabile al sito: [https://www.repubblica.it/politica/2020/09/30/news/bonafede\\_carceri\\_boss-268966929/](https://www.repubblica.it/politica/2020/09/30/news/bonafede_carceri_boss-268966929/).

<sup>4</sup> H. Becker (1963) *Outsiders*, Glencoe, Free Press.

<sup>5</sup> P. Berger, T. Luckmann (1978) *La Realtà come Costruzione Sociale*, Bologna, Il Mulino.

<sup>6</sup> E. Durkheim (1971) *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità.

<sup>7</sup> L. Ferrajoli (1989) *Diritto e Ragione*, Roma-Bari, Laterza.



sociale che vada al di là dell'irrogazione di misure repressive come mezzo di contrasto alla criminalità organizzata.

## 2. Le emergenze e la mafia 'tardiva'

Giorgio Agamben<sup>8</sup> assimila la categoria di emergenza a quella di stato di eccezione delineata da Carl Schmitt<sup>9</sup>, vale a dire come una sospensione delle garanzie costituzionali in favore di un accentramento dei poteri decisionali nelle mani del sovrano. Ne consegue una drastica limitazione delle libertà fondamentali, o, quantomeno, si crea una condizione di squilibrio all'interno delle garanzie dello Stato di diritto. La creazione delle emergenze si inquadra all'interno della conflittualità politica. In seguito alle problematiche delineate da un fenomeno sociale, alcuni gruppi in grado di mobilitare risorse materiali e simboliche definiscono il fenomeno come emergenza, fino ad evocare l'adozione di misure contenitive, che vengono puntualmente irrogate in seguito a fatti che esercitano un forte impatto emotivo sull'opinione pubblica. Le misure di solito adottate sortiscono l'effetto di spostare o rimuovere il problema, fino all'insorgere di un'altra emergenza.

Nel caso italiano, dal dopoguerra in poi ci troviamo costantemente di fronte ad una creazione costante di squilibri tra la cornice costituzionale e le legislazioni speciali varate per fare fronte alle emergenze, dietro le quali si celano trasformazioni sociali che la sfera politica si rivela incapace di governare attraverso l'utilizzo degli strumenti ordinari. Fu così tra il dopoguerra e gli anni Settanta, quando, sull'onda della guerra fredda, la Costituzione repubblicana appena varata dovette convivere con l'apparato di Stato e legislativo ereditati dal regime fascista<sup>10</sup>, oltre a rallentare l'istituzione del decentramento amministrativo o di organi come la Consulta. Gli anni Settanta videro un alternarsi tra riforme ed emergenze. Da un lato la riforma del diritto di famiglia, l'introduzione dell'aborto e del divorzio, la chiusura

---

<sup>8</sup> G. Agamben (2020) *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Roma, Quodlibet.

<sup>9</sup> C. Schmitt (1984) *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino.

<sup>10</sup> Si vedano in proposito M. Franzinelli (2016) *L'amnistia Togliatti*, Milano, Feltrinelli; D. Della Porta, H. Reiter (2003) *Polizia e Protesta*, Bologna, Il Mulino; P. Ginsborg (1992) *Storia d'Italia 1943-1989*, Torino, Einaudi.



dei manicomi, la riforma penitenziaria del 1975, la riforma del diritto minorile, oltre allo Statuto dei lavoratori, segnarono significativi passi in avanti verso l'implementazione dei diritti fondamentali. Il contrappeso di soggettività libertarie, di istanze radicali, di rivendicazioni sociali avanzate, riuscì a stemperare la gestione emergenziale della vita pubblica, e a porre sul tavolo questioni rilevanti come l'emancipazione femminile. Dall'altro lato però, anche in seguito alla crisi economica del 1973, alla cesura tra i movimenti e i partiti storici, le tensioni sociali si fecero più acute. Il loro evolversi verso manifestazioni estreme diede vita ad una contrapposizione a partire della quale vennero varati provvedimenti restrittivi in termini di ordine pubblico, come la Legge Reale (1975)<sup>11</sup>, che aumentava i poteri delle forze di polizia, la legge Cossiga del 1982, che introduceva la legislazione premiale per i collaboratori di giustizia, oltre ad una serie di leggi introdotte all'indomani della tragica conclusione del rapimento di Aldo Moro, che riducevano sensibilmente i diritti degli imputati<sup>12</sup>.

La fine dell'emergenza terrorismo, non senza alcuni strascichi problematici, per esempio relativi all'uso della tortura nei confronti dei militanti delle formazioni armate<sup>13</sup>, creò lo spazio per una nuova emergenza. Esauriti le tensioni sociali, l'attenzione si volse verso le organizzazioni criminali, in particolare verso Cosa Nostra, ovvero la mafia siciliana. Alla costruzione di questo nuovo spazio emergenziale, si approda senza il contrappeso di movimenti che ne stemperino la portata che, a lungo termine, si tradurrà nell'implementazione di politiche autoritarie e nella produzione di imprenditorialità morale legata all'antimafia. La sconfitta del movimento operaio dopo i 35 giorni di Mirafiori del 1980<sup>14</sup>, l'evaporazione dei movimenti degli anni precedenti in piccoli gruppi, la diffusione dell'eroina, svuotano l'arena pubblica di nuove potenziali soggettività, mentre la questione mafiosa si fa strada come nuova emergenza.

La mafia, intesa come la criminalità organizzata siciliana, diventa un'emergenza oltre cento anni dopo dall'unità nazionale. Il problema viene declinato e affrontato principalmente

<sup>11</sup> P. Moroni, N. Balestrini (1998) *L'orda d'oro*, Milano, Feltrinelli.

<sup>12</sup> D. Della Porta (1993) "Le Brigate Rosse", in *Annali della Storia d'Italia*, Torino, Einaudi.

<sup>13</sup> G. Pette (1994) *La mappa perduta, Vol. I*, Roma, Sensibili alle Foglie; P. Gonnella (2013) *La Tortura in Italia*, Roma, Derive Approdi.

<sup>14</sup> G. Polo-G. Sabattini (1993) *Restaurazione all'Italiana*, Roma, Manifestolibri.



come questione di ordine pubblico e attraverso il varo di provvedimenti repressivi, che, oltre ad ignorare, come si vedrà, il carattere polimorfo delle organizzazioni criminali, non affronta le questioni relative all'organizzazione sociale e ai rapporti economici che sussistono nelle zone cosiddette tradizionali<sup>15</sup> di origine e di radicamento della criminalità organizzata.

### 3. Mafie e corruzione. Le nuove emergenze e il securitarismo

Il 30 gennaio del 1992, la Corte di Cassazione conferma le condanne del Maxiprocesso contro Cosa Nostra celebratosi tra il 1986 ed il 1987. Per la prima volta, dall'unità d'Italia, una sentenza sancisce ufficialmente l'esistenza di una organizzazione criminale. La sentenza della Cassazione, tuttavia, è destinata ad innescare dei processi di sconvolgimento degli equilibri politici esistenti, in quanto, poche settimane dopo, con lo scoppio dello scandalo di 'Tangentopoli', legato alla corruzione politica<sup>16</sup>, la Repubblica Italiana attraversa la più grave crisi di legittimità del dopoguerra. I partiti cardine della coalizione di governo, la DC e il PSI, si disfano sotto l'azione della magistratura, mentre il 31 maggio e il 19 luglio 1992, nelle stragi di Capaci e di via D'Amelio, rimangono uccisi Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, i due magistrati più in vista nelle inchieste contro la criminalità organizzata siciliana. Alcuni pubblicisti<sup>17</sup> collocano in quel periodo controverso la stipula di un accordo informale tra stato e mafia siciliana, da cui si sarebbero prodotti gli equilibri politici che avrebbero dato vita alla seconda repubblica. In realtà, sull'onda delle stragi, di Tangentopoli e degli attentati del 1993 a Firenze, Roma e Milano, si crea un corto circuito tra attività eversive, domanda di sicurezza e risposta repressiva, che inaugurerà il varo di alcuni provvedimenti restrittivi (Figura 1): viene inasprito il 41-bis, la possibilità di varare provvedimenti amnistiali viene subordinata al raggiungimento di una maggioranza parlamentare di quattro quinti, viene perfezionata la categoria di concorso esterno in associazione mafiosa per inquadrare sul piano penale i

---

<sup>15</sup> R. Sciarrone (2006) *Mafie vecchie, mafie nuove*, Roma, Donzelli.

<sup>16</sup> D. Nelken (2002) *Tangentopoli*, in M. Barbagli, U. Gatti (a cura di) *La criminalità in Italia*, pp. 54-72, Bologna, Il Mulino.

<sup>17</sup> M. Torrealta (2002) *La Trattativa*, Milano, Rizzoli.



rapporti tra criminalità organizzata e politica. Inoltre, l'articolo 4-*bis*, introdotto con la legge 152 del 1991, viene ulteriormente inasprito col provvedimento legislativo 356 del 1992, che istituì l'ergastolo ostativo. Inizialmente, Giovanni Falcone, nel suo ruolo di Direttore degli Affari Penali del Ministero di Grazia e Giustizia, aveva promosso l'introduzione del 4-*bis* come incentivo alla collaborazione degli imputati nei processi alla criminalità organizzata. In seguito alla strage di Capaci, le finalità dell'articolo vengono stravolte, in quanto la modifica introdotta subordina la concessione dei benefici di legge soltanto per gli ergastolani che accettano di intraprendere il percorso di collaboratori di giustizia. In questo contesto, si rafforza la centralità della magistratura, che diventa da quel momento in poi il vero e proprio convitato di pietra della politica italiana.



Figura 1

Al di là delle manovre che sono state condotte (o meno) dietro le quinte, è evidente che il biennio compreso tra Tangentopoli e le elezioni del 27 marzo 1994, instaurano un nuovo paradigma emergenziale. La categoria della sicurezza assume ad un ruolo egemone nell'agenda politica, articolandosi nella triplice direzione della corruzione, della criminalità organizzata, della questione migratoria. È a partire degli anni Novanta che il numero dei detenuti cresce in misura esponenziale, fino a raggiungere le 67.000 unità rispetto alle 25.000 del 1990<sup>18</sup>.

Il governo delle questioni sociali trova nell'utilizzo della risorsa penale la sua risposta immediata, calibrata sulle diverse gradazioni della criminalità, dai crimini di strada a quelli dei colletti bianchi. Alla destrutturazione dell'ordine sociale fondato sulla grande industria, al

<sup>18</sup> S. Anastasia, P. Gonnella (2002) (a cura di) *Le nostre prigioni*, Roma, Carocci.

declino economico accentuatosi negli anni Novanta<sup>19</sup>, piuttosto che con lo sviluppo di politiche economiche alternative, si preferisce rispondere con l'individuazione dei capri espiatori e la creazione di schemi binari, che sfociano nel populismo securitario e penale attuale.

Mentre sul piano dell'immaginario collettivo proliferano i programmi televisivi imperniati sulle vicende di magistrati e poliziotti, i programmi di informazione fanno della corruzione e della criminalità organizzata l'oggetto principale del loro interesse, con lo scopo di accrescere gli indici di gradimento. Attraverso lo strumento televisivo si ottiene una osmosi mediatica, composta da giornalisti, attivisti, prodotti mediatici, conduttori televisivi, magistrati, i cui ruoli spesso si sovrappongono in nome della lotta al malaffare e alla criminalità organizzata<sup>20</sup>. Il canovaccio è sempre improntato al sensazionalismo, da cui consegue una rappresentazione manichea del mondo, con il male che può essere sconfitto soltanto attraverso il perseguimento di una 'legalità' che consiste nell'aumento dei poteri repressivi e investigativi di forze dell'ordine e di magistratura, necessario per smantellare l'intreccio quasi perverso tra malaffare, politica, imprenditoria e criminalità organizzata. All'interno di questo schema, lo spazio per analisi alternative, per esempio per esplorare la relazione tra mafie e proibizionismo, o per misurare l'efficacia delle misure antimafia di volta in volta prese, è del tutto inesistente, e le poche voci critiche vengono accusate di essere lassisti, filo-mafiosi, o di infangare la memoria delle vittime della mafia. Queste critiche spesso rifuggono il confronto con la realtà anche per preservare un ventaglio di professionalità diffuse che si sono costruite e strutturate nel corso degli anni nella sfera dell'antimafia: associazionismo, accademia, mondo della politica, ne sono parte integrante. In particolare, si adotta l'atteggiamento strumentale di trincerarsi dietro i nomi di Falcone, di Borsellino e delle vittime della criminalità organizzata, pretendendo di essere i continuatori della loro opera e del loro approccio, molto spesso in maniera inappropriata. Nella prossima

---

<sup>19</sup> L. Gallino (2003) *La scomparsa dell'Italia industriale*, Torino, Einaudi.

<sup>20</sup> Il caso di Roberto Saviano, forse, è il più famoso di tutti. Si veda in proposito il libro di A. Dal Lago (2009) *Eroi di carta*, Roma, Manifestolibri.



sezione andremo ad approfondire questo aspetto, con riferimento al 41-*bis* e all'ergastolo ostativo.

#### 4. Art. 41-*bis* ed ergastolo ostativo alla prova del COVID-19: tra efficacia e diritti

La vulgata anti-mafiosa<sup>21</sup> si fonda sull'assunto che, dal momento che l'Italia si trova intrappolata nella morsa di un'alleanza occulta tra politica corrotta, imprenditoria collusa e criminalità organizzata, dalla quale scaturisce un'emergenza che richiede l'implementazione di misure repressive di particolare severità. Il 41-*bis* e il 4-*bis*, per i fautori di questa linea, rappresentano delle vere e proprie perle da incastonare all'interno della retorica Stato/antistato, a partire dalle quali rinforzare la catena della legalità. In particolare, l'antimafia tradizionale, fa leva sulle stragi mafiose e sul fatto che fosse stato Falcone stesso a promuovere l'implementazione del 4-*bis*. I presupposti sono del tutto fallaci, in quanto il magistrato palermitano faceva dello scetticismo la propria cifra operativa<sup>22</sup>, ma, soprattutto, aveva introdotto il 4-*bis*, come già discusso, non con finalità intimidatorie, ancorché contrastanti con l'articolo 27 della Costituzione, bensì con lo scopo di incentivare la collaborazione della giustizia. Questo articolo, insieme al 41-*bis*, merita di essere discusso approfonditamente. Alla luce delle rimostranze ricevute dall'Italia in relazione all'utilizzo del 41-*bis*<sup>23</sup>, nonché ad un confronto con la situazione attuale, alcune riflessioni critiche vanno necessariamente intraprese.

In primo luogo, l'utilizzo del 41-*bis* non ha portato a una sconfitta, o a un ridimensionamento, delle organizzazioni criminali. Se da un lato è vero, come affermano i

<sup>21</sup> P. Gomez, M. Travaglio (2001) *L'odore dei soldi*, Roma, Editori Riuniti, costituisce un esempio di questo genere politico-letterario.

<sup>22</sup> Famose le sue battute sul terzo livello: "se esistesse, basterebbe James Bond a togliercelo", e sugli avvisi di garanzia: "non si può tirare una coltellata tanto per". Si veda G. Bianconi (2017) *L'assedio. Troppi nemici intorno a Giovanni Falcone*, Torino, Einaudi.

<sup>23</sup> Parlamento Europeo (2003) Relazione recante una proposta di raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sui diritti dei detenuti nell'Unione europea (2003/2188(INI), consultabile al sito: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2004-0094\\_IT.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2004-0094_IT.html?redirect).



più autorevoli organi investigativi, che Cosa Nostra siciliana ha subito un ridimensionamento<sup>24</sup>, dall'altro lato si parla sempre più della Ndrangheta calabrese e della Camorra campana come le organizzazioni criminali più aggressive del momento. Questo mutamento degli attori criminali più pericoli dovrebbe quantomeno indurre a un riesame delle misure di contrasto. Le organizzazioni criminali italiane denotano origini e sviluppi diversi, e la criminalità organizzata siciliana, vera e propria industria della violenza della classe media<sup>25</sup>, rappresenta tra di esse una, ancorché significativa, eccezione. Rapporti molto stretti con imprenditoria e politica e protezioni internazionali si inscrivono infatti nelle peculiarità del contesto siciliano, e, in particolare, nelle condizioni del dopoguerra. Venute meno queste condizioni, sarebbe necessario porsi il problema se le misure prese per contrastarla siano efficaci o meno contro un fenomeno che oggi si connota in termini del tutto diversi.

In secondo luogo, l'esercizio della legalità in uno Stato che si definisce di diritto, deve necessariamente manifestarsi sia all'interno della cornice costituzionale, che a partire dalle prerogative di cui sono investite le singole istituzioni.

Riguardo al 41-bis può essere assunta come emblematica la sentenza emessa dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari il 23 aprile 2020: essa rappresenta una cartina di tornasole dell'implementazione delle politiche penali<sup>26</sup> di cui bisognerebbe tenere conto. Il detenuto D, condannato a venti anni di reclusione per associazione per delinquere di stampo camorristico, detenuto presso il carcere di Sassari, all'inizio della pandemia presenta istanza di differimento della pena, motivandolo con le sue condizioni di salute critiche e col rischio di aggravamento in seguito allo scoppio della pandemia<sup>27</sup>. Il detenuto, già in condizioni di salute critiche in seguito a un intervento, paventa il rischio che, in seguito allo scoppio della pandemia, le sue condizioni di salute possano essere sottoposte a un serio rischio di deteriorarsi. Inoltre sussiste il problema relativo all'interruzione della terapia anche all'esterno, in seguito alla riconversione dei reparti ospedalieri in reparti COVID nel

---

<sup>24</sup> Come si evince dalle relazioni della Direzione Investigativa Antimafia, consultabili al sito: <https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/relazioni-semestrali/>.

<sup>25</sup> L. Franchetti, S. Sonnino (1876) *Inchiesta sulla Sicilia*, Firenze, Vallecchi.

<sup>26</sup> Tribunale di Sassari, r.o.115, 23/04/2020.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 3.



nosocomio della città sarda, che rendono difficile il proseguimento delle cure. Sono queste motivazioni, insieme all'approssimarsi della data della scarcerazione, a spingere D ad inoltrare domanda di differimento della pena. L'esito della questione, se si segue il principio della legalità e dei diritti dei detenuti, sembrerebbe essere scontato, con la necessità di tutelare la salute del detenuto, in un contesto personale caratterizzato da condizioni critiche, e le problematiche sollevate dalla pandemia. Non a caso, lo stesso Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, nella circolare del 21/3, aveva chiesto che si individuassero i detenuti che versavano nelle condizioni di salute più a rischio, allo scopo di considerare un differimento della detenzione, una richiesta che valeva anche per i detenuti in regime di *41-bis*. La sentenza emessa dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari accoglie la richiesta del detenuto, facendo leva sul diritto alla salute, una prerogativa garantita costituzionalmente a tutti i cittadini, e che la riforma introdotta dalla legge 230/99, equiparando la sanità penitenziaria a quella nazionale, ha reso fruibile in egual misura anche ai detenuti. I magistrati sassaresi si muovono all'interno dell'alveo costituzionale, nella misura in cui coniugano l'articolo 27 della Carta (funzione risocializzante della pena) con l'articolo 32 (diritto alla salute).

## 5. Comunità di complici e imprenditoria morale. Il caso Giletti

Considerazioni analoghe si possono fare sull'ergastolo ostativo. Introdotto nel 1991, modificato nel 1992, viene considerato un istituto fondamentale ai fini della lotta alla criminalità organizzata. Secondo l'ordinanza 97/2021<sup>28</sup>, i condannati all'ergastolo ostativo costituiscono la schiacciante maggioranza di chi sconta la sentenza a vita, in ragione di 1271 su 1800, ovvero oltre i due terzi del totale. Malgrado da vasti settori del mondo anti-mafia, che comprendono associazionismo, settori della magistratura, esponenti delle forze politiche, familiari delle vittime, da anni si equipari l'abolizione dell'ergastolo ostativo ad un

<sup>28</sup> Corte Costituzionale, Ordinanza dell'11 maggio 2021, n. 97.



atteggiamento lassista nei confronti delle organizzazioni criminali<sup>29</sup>, le decisioni della giurisprudenza vanno in altra direzione. Il 13 giugno 2019, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), accogliendo il ricorso di un detenuto, ha messo in rilievo alcune contraddizioni insite nell'ergastolo ostativo: in primo luogo, viene messa in dubbio la sincerità della collaborazione<sup>30</sup>, ottenuta non in seguito all'obiettivo da parte del detenuto di ravvedersi, ma con lo scopo strumentale di potere accedere ai benefici previsti dalla legge. Inoltre, la scelta di collaborare, potrebbe costituire un pericolo per i familiari del detenuto, che andrebbero soggetti a potenziali ritorsioni da parte delle organizzazioni criminali. Infine, la CEDU, sottolinea un altro aspetto, che riecheggia anche nell'ordinanza n. 97/2021 della Consulta. Si tratta della correlazione lineare tra ravvedimento e pentimento, dal momento che “una revisione critica del comportamento criminale”<sup>31</sup> rappresenta un aspetto distinto dalla collaborazione di giustizia. I condannati per reati di mafia, quindi, possono scegliere di abbandonare i valori, gli scopi e gli stili di vita connessi alla loro appartenenza all'organizzazione criminale senza per questo dichiarare alla magistratura quanto conoscono delle responsabilità penali di altri membri della stessa. Questa impostazione rappresenta un punto di rottura significativo con l'idea che sottende all'applicazione della giustizia penale in Italia in relazione al ruolo dei collaboratori di giustizia. Fin dagli anni Settanta, quando la sub-cultura cattolica, di concerto con la necessità di contrastare le organizzazioni armate, ispirò la legislazione premiale, imperniata sui cosiddetti ‘pentiti’, la correlazione tra abbandono dell'organizzazione e denuncia degli ex sodali è sempre stata data per scontata. Non importano le potenzialità strumentali che reca, oltre che delle disparità di trattamento che ne conseguono a livello di sistema penale. La sentenza della CEDU, unita all'ordinanza della Corte Costituzionale, potrebbe finalmente fornire lo spunto per operare una riforma della procedura penale più orientata ai diritti e alle garanzie.

---

<sup>29</sup> Cfr. Antimafia Duemila, 9 ottobre 2019, consultabile al sito <https://www.antimafiaduemila.com/home/mafie-news/261-cronaca/76066-gratteri-su-ergastolo-ostativo-sentenza-devastante-buttiamo-150-anni-di-antimafia.html>; Il Fatto Quotidiano, 24 marzo 2021, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/03/24/ergastolo-ostativo-maria-falcone-non-indebolire-norme-costate-sangue-salvatore-borsellino-cosi-e-una-resa-alla-mafia/6144597/>.

<sup>30</sup> CEDU, sentenza 13/06/2019, *Viola vs. Italy*, p.3.

<sup>31</sup> Corte Costituzionale, cit., p. 5.



Nel contesto italiano, il populismo penale si manifesta anche attraverso lo scavalco delle procedure di legge e dei diritti dei detenuti, finanche della Costituzione, dal momento che il 41-*bis* costituisce uno dei principali totem attorno al quale da circa trent'anni si celebra il 'rito della legalità', inteso come il varo e l'implementazione di provvedimenti spiccatamente repressivi e lesivi della legalità. La stessa dinamica si era innescata anche in occasione della richiesta di differimento di pena presentata dai vecchi boss corleonesi Bernardo Provenzano e Salvatore Riina, oramai in fin di vita, attorno alle quali si era scatenata la canea giustizialista, spingendo i magistrati di sorveglianza a rifiutare il differimento della pena. Le motivazioni della continuata pericolosità sociale si erano in quella occasione combinate con la spinta punitivista proveniente da vaste parti dell'opinione pubblica. Per quanto efferati fossero stati i crimini commessi da Riina e Provenzano, la loro condizione di malati terminali era comunque compatibile con la richiesta di differimento della pena da loro inoltrata a mezzo dei loro legali. Anche nel caso del camorrista Pasquale Zagaria<sup>32</sup>, scarcerato per motivi di salute il 25 aprile 2020, può essere adottata la stessa impostazione. Il Tribunale di Sorveglianza, a differenza di quanto avvenuto con Riina e Provenzano, aveva concesso il differimento della pena. Anche in questo caso, come avvenuto a Sassari, si erano valutate le condizioni di salute e il contesto pandemico, coi magistrati ad applicare le leggi dello Stato di diritto. La vicenda ha sortito invece l'effetto di scatenare la reazione di quell'imprenditoria morale che fa del populismo penale la propria cifra. Il presentatore televisivo Massimo Giletti, nel corso del programma televisivo da lui condotto, ha dichiarato di vergognarsi di essere cittadino italiano per via della scarcerazione di Zagaria, iniziando una campagna mediatica contro le scarcerazioni dei detenuti, arrivando a chiedere conto all'allora Guardasigilli dell'operato della magistratura di sorveglianza, e proseguendo fino a montare, nelle puntate successive, una campagna contro le scarcerazioni facili dietro le quali ci sarebbe stata la mano delle mafie, pronte a fomentare le rivolte negli istituti di pena per favorire i loro scopi<sup>33</sup>. Il Guardasigilli fece propria la campagna lanciata dal presentatore

<sup>32</sup> Cfr. Il Mattino, 27 aprile 2020, consultabile al sito: [https://www.ilmattino.it/spettacoli/televisione/massimo\\_giletti\\_non\\_e\\_l\\_arena\\_zagaria\\_boss\\_scarcerato\\_oggi-5195310.html](https://www.ilmattino.it/spettacoli/televisione/massimo_giletti_non_e_l_arena_zagaria_boss_scarcerato_oggi-5195310.html).

<sup>33</sup> Cfr. La7, 3 maggio 2020, consultabile al sito: <https://www.la7.it/nonelarena/video/scarcerazioni-boss-giletti-rispetto-tutti-ma-ci-scordiamo-i-diritti-delle-vittime-di-mafia-ci-03-05-2020-322807>.



televisivo, arrivando a far dimettere l'allora direttore del DAP. Infine, Giletti ha ricevuto le minacce del boss palermitano Graviano<sup>34</sup>, finendo per ottenere una scorta.

La vicenda appena descritta, suscita ulteriori riflessioni in merito al rapporto tra tutela dei diritti nel sistema penale e antimafia. Innanzitutto, sembra ribadire la validità dell'assunto durkheimiano in merito alla pena che è 'buona' perché protegge la società. Ovviamente la protezione fornita dalla pena è del tutto surrettizia, in quanto è lungi dall'essere dimostrata la correlazione tra la reclusione al 41-*bis* di 1800 persone, molte dei quali per reati relativi alla criminalità organizzata, e la sua efficacia nel contrasto di queste ultime. Si tratta piuttosto di un istituto a forte valenza simbolica, della cui esistenza l'opinione pubblica si sente rassicurata perché garantirebbe una certa durezza di trattamento nei confronti dei detenuti che lo subiscono. Il 41-*bis* è così diventato un dogma, che non può essere messo in discussione, anche a costo di contraddire i principi dello stato di diritto e smentire la realtà. Per esempio, Giletti, afferma che il DAP dispone di strutture adeguate per curare i detenuti all'interno degli istituti di pena, quando invece da anni l'associazionismo evidenzia la carenza cronica di risorse trattamentali all'interno delle strutture detentive<sup>35</sup>. Inoltre, l'imprenditoria morale antimafiosa, fa leva sul paradigma della vittima<sup>36</sup>, ovvero sull'esistenza di una presunta simbiosi tra regimi penitenziari, in particolare quelli duri, e tutela delle vittime. A questa impostazione si può obiettare che le vittime vengono tutelate attraverso la possibilità di costituirsi parte civile, e non per mezzo della amministrazione della giustizia da parte dello Stato, che riguarda semmai tutta la collettività piuttosto che singoli individui. Proprio per questo motivo, si rischierebbe di contraddire il principio di uguaglianza se si affermasse che alcune vittime vanno tutelate più di altre, in relazione ai reati subiti, privilegiando la loro sofferenza rispetto al vissuto delle vittime (o dei loro familiari) di reati che non hanno a che fare con la criminalità organizzata.

---

<sup>34</sup> Cfr. Il Fatto Quotidiano, 8 agosto 2020, consultabile al sito: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/08/10/mas-simo-giletti-sotto-scorta-dopo-le-minacce-del-boss-filippo-graviano-dal-carcere/5895486/>.

<sup>35</sup> Cfr. 15° Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, consultabile al sito: <https://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>.

<sup>36</sup> J. Simon (2006) *Il governo della paura*, Milano, Il Saggiatore.



Come dimostra il caso dei reati connessi alla violenza politica, l'universo di chi ha subito dei reati si configura come un arcipelago frastagliato, all'interno del quale maturano posizioni diverse: assolutizzare, a discapito dei principi dello Stato di diritto, l'equivalenza tra impostazione punitiva e tutela delle vittime appare dunque solo uno strumento retorico populista.

La campagna contro le scarcerazioni in tempo di COVID, che sarebbero state strumentalizzate dalle mafie, ha reso plasticamente i problemi generati dalle crociate a favore del 41-*bis*. Le rivolte all'interno delle carceri di Modena e Santa Maria Capua Vetere<sup>37</sup>, avvenute nella primavera del 2020, testimoniano l'esistenza di un malessere diffuso presso la popolazione detenuta, catalizzato dalla paura, che non aveva certo bisogno della strumentalizzazione mafiosa. Il carcere, il 41-*bis*, per quanto possano rassicurare l'opinione pubblica e legittimare la retorica di alcuni imprenditori morali, sono luoghi e strumenti di esclusione, marginalità e vessazione. Anche in questo caso, sia Giletti che gli imprenditori morali anti-mafiosi che orbitano attorno a questa impostazione, mostrano di ignorare le dinamiche che regolano il funzionamento dell'universo carcerario. All'interno delle istituzioni totali<sup>38</sup>, si creano relazioni di conoscenza, di solidarietà, sia strumentali che valoriali, votate sia alla sopravvivenza nella quotidianità, sia al raggiungimento di scopi specifici, oltre che di tipo affettivo e valoriale. Nel caso delle scarcerazioni, in un contesto dalle difficili condizioni di vita come quello carcerario, ulteriormente deteriorato dallo scoppio della pandemia, la condivisione dell'obiettivo tra detenuti rientra agevolmente nel ventaglio delle aspettative.

Un'altra riflessione va sviluppata in merito alla formazione dell'imprenditoria morale in relazione alla questione mafiosa. Howard Becker<sup>39</sup> riconosceva agli imprenditori morali un certo grado di spirito riformatore e una forte spinta moralizzatrice, a partire dalla quale attiravano l'attenzione del pubblico su temi che non godevano di particolare attenzione. Nel

<sup>37</sup> Cfr. L'Espresso, 29 settembre 2021, consultabile al sito: [https://espresso.repubblica.it/inchieste/2021/09/29/news/carcere\\_modena\\_tortura\\_pestaggi\\_omissioni-319698782/](https://espresso.repubblica.it/inchieste/2021/09/29/news/carcere_modena_tortura_pestaggi_omissioni-319698782/); Radio Onda d'urto, 16 dicembre 2021, consultabile al sito: <https://www.radiondadurto.org/2021/12/16/carcere-al-via-il-processo-per-i-fatti-di-santa-maria-capua-vetere-108-tra-agenti-e-dirigenti-indagati-per-tortura-e-violenza/>.

<sup>38</sup> E. Goffmann (1971) *Asylums*, Torino, Einaudi.

<sup>39</sup> H. Becker (1963), cit.



caso della mafia, il rapporto si è rovesciato: Giletti, come altri personaggi pubblici attivi in questo contesto, attingono a un tema collaudato, inflazionato, come l'anti-mafia, allo scopo di acquisire una rendita di posizione. Laddove i temi dei cosiddetti imprenditori morali periodicamente sollevano tematiche diffuse a livello del pubblico e ne inspessiscono gli aspetti relativi al panico morale, costruendo una nuova emergenza, la questione delle mafie, come quella del securitarismo, costituisce un tema già sviscerato e sviluppato da almeno trenta anni. Si connota come un repertorio da cui tutti gli attori in cerca di rendita di posizione pubblica, siano politici, intellettuali, presentatori televisivi, possono trarre spunto, declinando gli stessi contenuti (vale a dire l'emergenza) e proponendo le stesse soluzioni (populismo penale). Allo stesso tempo, appare singolare la reazione della sfera politica, col Ministro della Giustizia pronto a recepire acriticamente un'istanza sollevata da un presentatore televisivo arrivando alla rimozione di un suo diretto subordinato, adottando quindi una prassi del tutto nuova: non è mai successo nella storia repubblicana, che un dirigente pubblico fosse rimosso non per inadempienze professionali, bensì su richiesta di un presentatore televisivo.

La tracimazione del sensazionalismo mediatico all'interno della sfera decisionale ha portato, in sfregio sia alle procedure che alla legislazione penale esistente, alla revoca delle scarcerazioni. Questa vicenda rivela un aspetto paradigmatico della società italiana contemporanea: il mancato superamento della crisi di legittimità innescata da Tangentopoli, combinandosi con le crisi economiche del 2001 e del 2008 e con la pandemia del 2020, si traduce nella costante costruzione di quella 'comunità di complici' di cui parla Zygmunt Bauman<sup>40</sup>. Si cerca di fare da contrappeso alle spinte centrifughe compattandosi attorno a un capro espiatorio, sul quale proiettare tutte le ansie e inquietudini che attraversano il corpo sociale. La penalità, nel caso italiano declinata attraverso l'utilizzo della categoria dell'emergenza, rappresenta lo strumento principe per superare questa anomia durkheimiana, per la sua potenzialità di tracciare e ribadire i confini. Da notare come in questo processo la criminalità organizzata rappresenti il mezzo, non il fine vero e proprio, che è rappresentato dall'esistenza e dall'implementazione di misure protettive. La politica accetta di svolgere un

---

<sup>40</sup> Z. Bauman (2006) *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli.



ruolo passivo, limitandosi a fare da cassa di risonanza dei clamori mediatici, testimoniando lo svuotamento della rappresentanza, il deperimento del tessuto associativo, la crescita ipertrofica del ruolo dei media nella formazione dell'opinione pubblica che l'Italia ha registrato almeno nell'ultimo trentennio. Non è casuale che il Guardasigilli appartenesse a una formazione politica creata da un comico televisivo, che ha fatto della legalità, intesa in senso punitivo, la propria bandiera, e che fa della legittimazione popolare a mezzo di piattaforme plebiscitarie (la piattaforma Rousseau) il proprio marchio.

La ricerca di consenso politico da parte del Guardasigilli si combina con l'obiettivo di aumentare l'audience da parte di Massimo Giletti, attingendo al bagaglio delle retoriche antimafia e dell'uso ipertrofico della penalità come parte consistente della narrazione securitaria che egemonizza da anni il dibattito pubblico. Ne consegue il deterioramento ulteriore dell'anti-mafia, da discorso collettivo con potenzialità emancipatorie a retorica strumentale nelle mani di un'imprenditoria morale povera di contenuti. La tabella 1 illustra il ribaltamento di prospettiva del punto di vista dell'imprenditoria morale: se quella tradizionale fa leva su questioni ideologico-morali diffuse a livello sociale, per cercare di influenzare la sfera decisionale attraverso i media, nel caso delle scarcerazioni facili troviamo degli attori mediatici che agiscono in modo strumentale direttamente sulla sfera politica, facendo leva sull'*humus* securitario che pervade l'opinione pubblica italiana. L'argomento della scorta, che vede Giletti in pericolo di vita per via del suo presunto impegno civile, rischia di rivelarsi, all'interno di questo schema, priva di solidità. In un contesto caratterizzato dalla centralità della ribalta mediatica, i mafiosi appaiono avere recepito appieno le regole dello *star system*, cosicché la costruzione della reputazione a livello mediatico rappresenta, anche per loro, una risorsa da utilizzare a proprio vantaggio, sia all'interno delle cerchie criminali di riferimento che verso l'esterno. Una minaccia, che poi è un commento – “Giletti ci sta scassando la m\*\*\*\*\*”<sup>41</sup> –, nei confronti di un personaggio popolare, probabilmente è ispirato più dal tentativo di guadagnare la ribalta mediatica per recuperare terreno perduto stando in galera che di mettere in atto delle ritorsioni di qualche tipo. Quello che è rilevante, in ogni caso, è che la questione del differimento della pena in seguito alla pandemia, in particolare dei

<sup>41</sup> Cfr. Il Fatto Quotidiano, 10 agosto 2020, consultabile al sito: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/08/10/massimo-giletti-sotto-scorta-dopo-le-minacce-del-boss-filippo-graviano-dal-carcere/5895486/>.



detenuti in regime di 41-bis, abbia cessato di essere una questione di diritto o di politica per trasformarsi in una *kermesse* mediatica a vantaggio di attori in cerca di una rendita di posizione. Lo sviluppo della vicenda deve fare riflettere, sia sulla situazione dei diritti in Italia, ormai sempre più considerati come un orpello da subordinare alle esigenze politico-mediatiche del momento, sia dell'anti-mafia, nel corso degli anni trasformata in un mero esercizio di retorica giustizialista al quale possono attingere tutti gli attori in cerca di legittimazione pubblica.

	IMPRENDITORIA MORALE TRADIZIONALE	IMPRENDITORIA MORALE ATTUALE
SOCIETÀ	Ideologia/morale	Panico morale
MEDIA	Diffusione	Ricerca di audience
POLITICA	Decisione	Ricezione passiva

Tabella 1 - Le trasformazioni dell'imprenditoria morale

## 6. Conclusioni

In questo lavoro si è provato ad analizzare il discorso antimafia e le politiche che ne conseguono alla luce della categoria dell'emergenza. In particolare, abbiamo visto come le emergenze prendano piede dalla rimozione della necessità di affrontare problemi sociali rilevanti. All'analisi approfondita delle sfumature e delle complessità, al tentativo di approntare soluzioni che scardinino la portata reale dei problemi, si preferisce puntare sull'emergenza, che, in quanto categoria focalizzata sulla gravità più che sul problema stesso, ne rimuove la soluzione, delegandola a misure di natura repressiva, che non fanno altro che generare, a medio termine, altri tipi di emergenza.

Questo carattere ciclico dell'emergenza, dipende dal tipo di rapporti di forza, sia economici che politici, sussistenti in determinati contesti temporali. Nel caso della mafia, si è fatta strada sul palcoscenico delle emergenze quando, il vuoto emergenziale prodottosi alla

fine degli anni settanta, combinato con il clamore che la violenza di Cosa Nostra contro esponenti dello Stato suscitò a livello di opinione pubblica, suscitò una reazione a più livelli, che costrinse il governo centrale ad intervenire. Le protezioni politiche ed economiche di cui godeva Cosa Nostra, tuttavia, rallentarono la crescita dell'emergenza mafiosa, che si compì pienamente solo con la caduta del muro di Berlino, e con la conseguente crisi di legittimità che investì l'Italia nei primi anni novanta.

L'emergenza anti-mafiosa, saldatasi con quella anti-corruzione e col securitarismo, ha riempito il vuoto politico creatosi in seguito al collasso della cosiddetta Prima Repubblica. Nell'agenda politica, la lotta alla criminalità, articolata in mafie, corruzione, crimini di strada (di solito attribuiti dal senso comune ai migranti) ha sostituito l'elaborazione di politiche articolate, che riguardino gli assetti economici e sociali. Nella strutturazione di questo approccio politico, i *mass media* hanno giocato un ruolo fondamentale. Innanzitutto, la criminalità organizzata è diventata un prodotto mediatico di successo, da commercializzare al cinema, in televisione, in edicola, in libreria, in accademia. In secondo luogo, attorno alla criminalità organizzata, si è creato un ventaglio di professionalità diffuse, che svolge un ruolo decisivo nell'agenda politica, ed ostacola lo sviluppo di un discorso critico. Si ritiene invece necessario stimolare nuove strategie di contrasto alla criminalità organizzata e uscire dalla logica binaria e repressiva dell'emergenza, Specialmente se si vuole uscire dalla morsa del populismo penale.

Infine, i mutamenti di paradigmi economici e sociali seguiti alla globalizzazione hanno interessato anche le organizzazioni criminali. Non è casuale che alcuni autori cerchino di cogliere i mutamenti della criminalità organizzata nelle cosiddette aree non tradizionali<sup>42</sup>. In particolare, ricerche e inchieste mostrano come gli esponenti mafiosi che si radicano al nord non seguono tutti la stessa modalità, ma cercano di adattarsi al contesto di arrivo. Inoltre, negli intrecci che hanno luogo tra le organizzazioni criminali e gli attori locali, questi ultimi, spesso incensurati, risultano esiziali affinché si creino delle cointeressenze. Professionisti, imprenditori, politici locali, mostrano di accogliere favorevolmente la possibilità di una partnership con esponenti della criminalità organizzata, per varie ragioni:

<sup>42</sup> R. Sciarone (2001) *Mafie nostre, mafie loro*, Roma, Donzelli.



vantaggi competitivi, bisogno di capitali, sostegno elettorale, sostegno in periodi di crisi. Queste relazioni non sempre si connotano per la loro organicità o per la lunga durata, non soltanto per l'efficacia delle azioni repressive, ma anche per la volatilità degli investimenti e delle iniziative imprenditoriali portate avanti dalle organizzazioni criminali. Dall'altro lato, imprenditori e professionisti, spesso sono interessati principalmente all'esistenza di partner e capitali che alla provenienza. Per questo motivo bisognerebbe riconsiderare la categoria del concorso esterno in associazione mafiosa, nel senso che la durata, la gravità, la tipologia delle relazioni tra economie sporche e lecite si caratterizza per una diversa gradualità. Inoltre, le relazioni tra le due sfere sono fluide, sovrapposte, sicuramente complementari, in quanto non esistono due economie.

La criminalità organizzata, il suo rapporto con politica ed economia, rappresenta un oggetto di studio fluido, in trasformazione, che non può essere ridotta a delle categorie binarie e semplificatorie. Al contrario, è necessario studiare questi fenomeni in profondità, specialmente in relazione alle misure repressive da intraprendere, in quanto queste spesso comportano di mettere a rischio le garanzie all'interno del sistema penale.



# La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza di Firenze

Maria Cristina FROSALI\*  
L'Altro Diritto, Università di Firenze

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to determine whether or not prison rights are effectively protected. Starting from the formal recognition of the legal subjectivity of detainees, and after reviewing the key steps towards the introduction of judicial remedies, we will examine, from the introduction of the remedies to the end of 2019, the measures taken by the Surveillance Judges in Florence based on their appropriateness to respect the rights of prisoners. Finally, we will argue that the tendency of judges to prefer restrictive interpretations is, at the same time, the effect and cause of a legal culture not yet open for an adequate safeguarding of the dignity of prisoners

## 1. Introduzione

Il riconoscimento della soggettività giuridica delle persone detenute è il risultato di un lungo percorso che, a partire da una concezione di completa soggezione del detenuto al potere dell'autorità amministrativa, ha portato ad un graduale mutamento di paradigma, poi sfociato nella riforma penitenziaria del 1975 che, all'articolo 4 riconosce ai detenuti la possibilità di esercitare personalmente i “diritti loro derivanti dalla presente legge”. Tale riconoscimento è tuttavia rimasto per lungo tempo un'enunciazione astratta, perché non accompagnata dalla previsione di strumenti in grado di garantire ai reclusi una protezione effettiva dei loro diritti.

---

\* Contatto: Maria Cristina FROSALI | mariacristinafrosali@gmail.com



All'indomani dell'entrata in vigore della riforma, la tutela delle posizioni giuridiche soggettive del detenuto era infatti affidata a strumenti privi delle minime garanzie giurisdizionali, che confluivano in provvedimenti inoppugnabili e sprovvisti di qualsiasi forza esecutiva nei confronti dell'amministrazione penitenziaria.

L'introduzione di strumenti di tutela dei diritti dei detenuti è un risultato che può dirsi conseguito solo in tempi recenti e solo come punto di approdo di un percorso lungo e travagliato che ha visto il contributo di numerosi protagonisti della scena giuridica. Di grande aiuto è stato il contesto sovranazionale, ed in particolare le attività degli organi del Consiglio d'Europa, con in primo piano l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo. È invero solo a seguito dell'*ultimatum* pronunciato dalla Corte di Strasburgo con la nota sentenza pilota Torreggiani<sup>1</sup> che il legislatore si è risolto ad introdurre dapprima lo strumento preposto a garantire una rapida cessazione della violazione di un diritto ex art. 35-*bis* O.P. e, in un secondo momento, anche il rimedio volto a risarcire i detenuti per i trattamenti inumani e degradanti subiti in passato ex art. 35-*ter* O.P.

Allo scopo di comprendere la reale portata innovativa degli strumenti di recente introduzione, si è abbinato lo studio della disciplina normativa con una analisi della prassi applicativa dei rimedi preventivo e compensativo nella giurisprudenza della locale Magistratura di Sorveglianza. Muovendo da una concezione del diritto come 'pratica sociale'<sup>2</sup>, si è ritenuto infatti indispensabile, al fine di comprendere la reale effettività della tutela dei diritti delle persone *in vinculis*, osservare il funzionamento dei rimedi nel momento della loro concreta applicazione. Se, come è stato acutamente osservato, "ricostruire il diritto sulla base dei soli documenti giuridici sarebbe come voler prevedere il movimento degli oggetti senza tener conto dell'attrito"<sup>3</sup>, potremmo dire di aver scelto di dedicare il presente contributo allo studio di tale 'attrito'.

---

<sup>1</sup> Torreggiani e altri c. Italia, (app. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), 8 gennaio 2013. Per un commento si vedano: A. Tamietti, M. Fiori, F. De Santis, Di Nicola, D. Ranalli, V. Ledri (2013) "Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri", *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 17(1), 49-82.

<sup>2</sup> E. Santoro (2020) [a cura di] *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, pp. X-XVI.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. XV.



Tale ricerca, condotta in occasione del tirocinio formativo effettuato presso il Tribunale di Sorveglianza di Firenze nell’ambito dell’esperienza della Clinica Legale su “La protezione dei diritti delle persone in esecuzione penale”<sup>4</sup>, si basa su un’analisi dei provvedimenti estratti dal S.I.E.S. (Sistema Integrato Esecuzione Sorveglianza), la banca dati dei titoli esecutivi in cui è stato possibile reperire le ordinanze adottate dai Magistrati dell’Ufficio di Sorveglianza fiorentino fin dai primi mesi successivi alla introduzione dei rimedi nel 2014, fino al maggio 2019, data in cui si è concluso il periodo di monitoraggio<sup>5</sup>.

Ebbene, questa indagine, benché condotta sulle sole ordinanze emesse dai giudici dell’Ufficio di Sorveglianza di Firenze e quindi senza pretese di generalizzazione del fenomeno a livello nazionale, ci ha mostrato la sostanziale ineffettività di detti rimedi a rappresentare quegli strumenti attraverso i quali i diritti e la dignità dei detenuti possano trovare effettiva tutela. I giudici fiorentini, posti di fronte all’alternativa tra massimizzare o restringere l’ambito di applicazione di tali strumenti hanno sinora, e salvo rare eccezioni, privilegiato quest’ultima opzione, finendo così per vanificare i passi in avanti compiuti dal legislatore per adeguarsi alle pronunce della Consulta e della Corte di Strasburgo. Le scarse percentuali di accoglimenti dei ricorsi, l’irragionevole durata dei procedimenti, le decisioni standardizzate e spesso basate su uno scarso approfondimento del caso concreto, hanno frustrato le potenzialità di questi istituti che, sebbene non ottimali, con un diverso approccio applicativo, avrebbero potuto incidere positivamente nel percorso di costruzione di una cultura giuridica fondata sulla tutela dei diritti fondamentali e della dignità in carcere.

<sup>4</sup> Questa iniziativa, organizzata dal “Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni (ADIR)” in collaborazione con la Scuola di Giurisprudenza, è nata allo scopo di consentire agli studenti di sviluppare un approccio pratico da affiancare a quello teorico negli studi giuridici e sociali. Grazie al Protocollo d’intesa firmato il 28 marzo 2019 dal Capo del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (DAP), da ADIR e Altro Diritto Onlus, gli studenti delle Scienze giuridiche degli atenei aderenti possono svolgere tirocini formativi all’interno degli istituti penitenziari e assistere i detenuti con informazioni giuridiche sui propri diritti. La Convenzione stipulata da Altro Diritto ONLUS e Centro con il Tribunale di Sorveglianza di Firenze, offre agli studenti delle cliniche legali l’opportunità di affiancare i Magistrati di Sorveglianza nello svolgimento delle attività ordinarie dell’Ufficio, e in particolare nei procedimenti relativi alla protezione giurisdizionale dei diritti delle persone in esecuzione penale.

<sup>5</sup> Più nel dettaglio, il totale dei provvedimenti analizzati ammonta a 1.279, così ripartiti: 907 provvedimenti in materia di reclami compensativi e 372 provvedimenti in materia di reclami ex art. 35-*bis*.



Prima di procedere all'analisi del contenuto dei provvedimenti, è utile inquadrare il nuovo meccanismo di tutela alla luce dei dati relativi alla tipologia della popolazione detenuta che ha presentato le istanze e all'andamento di tali richieste nel quinquennio oggetto di analisi. Già dall'esame di questi elementi quantitativi emergono infatti alcune non trascurabili criticità in merito alla effettività della tutela offerta dagli strumenti di recente introduzione.

## 2. Il rimedio preventivo e quello compensativo

Il nuovo reclamo giurisdizionale, introdotto all'art. 35-*bis* O.P. con il Decreto legge 23 dicembre 2013 n. 146 recante “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria” e convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n 10<sup>6</sup>, può essere utilizzato in due casi: per impugnare i provvedimenti disciplinari emessi dall'amministrazione penitenziaria (art. 69, co. 6 lett. a)) e per lamentare l'inosservanza, da parte dell'amministrazione, di “Disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” (art. 69, co. 6 lett. b)). Questa seconda ipotesi, che delinea l'ambito applicativo del ‘reclamo in materia di diritti’, rappresenta la vera novità dell'art. 35-*bis*. Se infatti, per impugnare i provvedimenti disciplinari esisteva già un procedimento che, seppur semplificato, poteva considerarsi ‘giurisdizionale’<sup>7</sup>, per tutte le altre posizioni giuridiche soggettive del detenuto – se si

---

<sup>6</sup> Si veda A. Della Bella (2014) “Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile al sito: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2744-un-nuovo-decreto-legge-sull-emergenza-carceri-un-secondo-passo-non-ancora-risolutivo-per-sconfiggere>.

<sup>7</sup> L'art. 14-*ter* O.P. introdotto dalla L. 10 ottobre 1986, n. 663, nota come Legge Gozzini, per consentire all'interessato di proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza avverso un provvedimento che disponeva o prorogava il regime di sorveglianza particolare a norma dell'art. 14-*bis* O.P., veniva infatti richiamato dal comma 6 dell'art. 69 O.P. nella parte in cui indicava il procedimento che il Magistrato di sorveglianza avrebbe dovuto seguire nei reclami in materia di lavoro e di regime disciplinare. Il detenuto, entro dieci giorni dalla violazione della norma, doveva presentare istanza al Tribunale di sorveglianza, il quale era tenuto a decidere “con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del ricorso”; il procedimento vedeva la



escludono gli artt. 14-*ter* con riferimento al regime di sorveglianza speciale e l'art. 41-*bis* relativo al cosiddetto 'carcere duro' – il solo rimedio attivabile era il reclamo generico dell'art. 35 O.P., strumento privo dei requisiti minimi necessario affinché lo si potesse ritenere idoneo ad offrire ai reclusi una tutela effettiva dei loro diritti.

L'art. 35 O.P., rubricato 'Diritto di reclamo' si limita infatti a conferire al detenuto la facoltà di rivolgere "istanze o reclami, orali o scritti, anche in busta chiusa" ad una delle autorità elencate dalla disposizione, tra cui il Magistrato di sorveglianza. La decisione del giudice, assunta senza formalità e contraddittorio, si risolve in una sollecitazione priva di qualsiasi forza esecutiva nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, non reclamabile di fronte al Tribunale di sorveglianza e non impugnabile in Cassazione. Proprio l'assenza di garanzie procedurali e di un preciso obbligo giuridico dell'amministrazione penitenziaria di conformarsi alla decisione del giudice aveva portato la Consulta, con la storica sentenza n. 26 del 1999<sup>8</sup>, a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 O.P., nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale "nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale". La Corte affermava così l'esigenza costituzionale di tutela delle persone detenute, alle quali doveva essere riconosciuto il diritto di agire in un procedimento avente carattere giurisdizionale e, al contempo, sollecitava il legislatore ad intervenire per colmare il vuoto normativo che scaturiva dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.

È solo con l'introduzione dell'art. 35-*bis* O.P. che il legislatore, a distanza di oltre quindici anni, colma la lacuna messa in luce dalla pronuncia della Corte Costituzionale. Nelle more di un intervento del legislatore, è stata in particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con gli strumenti dell'interpretazione sistematica, a dare concretezza alle garanzie giurisdizionali utilizzabili nel corso dell'esecuzione penale. Con la sentenza n. 25079 del 2003 le Sezioni Unite avevano individuato il mezzo di tutela giurisdizionale contro

---

partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero, mentre l'interessato e l'amministrazione avevano la facoltà di presentare memorie. L'art. 14-*ter* O.P. si concludeva con un rinvio alla disciplina del procedimento di sorveglianza contenuta nel Capo II-*bis* del Titolo II dell'ordinamento penitenziario, "per quanto non diversamente disposto" (art. 14-*ter*, comma 4 O.P.). L'ordinanza conclusiva del procedimento era quindi ricorribile per Cassazione per violazione di legge entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

<sup>8</sup> Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Foro Amm.* 2000, 1185.



la lesione delle posizioni giuridiche del detenuto, nell'art. 14-ter O.P., che disciplina il reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare. Scrive la Corte in questa decisione:

Se un'interpretazione *secundum Constitutionem* della normativa ordinaria impone di rinvenire un mezzo di tutela designato dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza n. 26 del 1999, un simile mezzo non può che ricondursi – proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni giuridiche fatte valere – a quello di cui all'art. 14-ter e 69 dell'ordinamento penitenziario, che prevede la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza nelle materia indicate dalla prima di tali disposizioni<sup>9</sup>.

La soluzione individuata dalla giurisprudenza di legittimità, successivamente avallata dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 266 del 2009, è stata tuttavia percorsa “raramente e con molta cautela”<sup>10</sup> dalla Magistratura di sorveglianza. Di fatto accadeva che gli organi di sorveglianza, pur trovandosi di fronte a situazioni pienamente lesive dei diritti dei detenuti, non ordinassero all'amministrazione penitenziaria di porre fine alla violazione. Parallelamente quest'ultima continuava a considerare non vincolanti i pochi ordini impartiti dai Magistrati di sorveglianza<sup>11</sup>. La ritrosia della Magistratura di sorveglianza nell'accettare senza riserve il ruolo di garante dei diritti dei detenuti<sup>12</sup>, la reticenza dell'amministrazione penitenziaria a conformarsi alle decisioni degli organi di sorveglianza e la contestuale prolungata inerzia del legislatore, hanno per lungo tempo ostacolato la formazione di una cultura giuridica fondata sulla centralità della tutela della persona detenuta e della sua dignità. In questo contesto, l'introduzione del reclamo giurisdizionale all'art. 35-bis O.P. segna, senza

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 445, §17.

<sup>10</sup> E. Santoro (2015) “Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile all'indirizzo: [https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1421743146SANTORO\\_2015a.pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1421743146SANTORO_2015a.pdf).

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> G. Caputo, S. Ciuffoletti (2017) “Marriage Italian Style. A decryption of Italy and ECtHR's relationship concerning prisoners' right”, in G. Cliquennois, H. de Suremain (a cura di) *Monitoring penal policies in Europe*, Londra, Routledge, pp. 73-87.



alcun dubbio, una tappa decisiva del percorso di ‘giurisdizionalizzazione’ della fase dell’esecuzione penale.

L’art. 35-ter O.P., invece, ripartisce tra il Magistrato di sorveglianza e il giudice civile il compito di risarcire il detenuto nel caso in cui abbia subito un trattamento inumano e degradante. L’organo di sorveglianza ha il potere di disporre una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari ad un giorno per ogni dieci durante i quali l’istante ha subito il pregiudizio. Nel caso in cui la pena da scontare non sia tale da consentire un integrale risarcimento mediante la riduzione della detenzione, il Magistrato di sorveglianza, per il periodo eccedente, liquida una somma pari ad otto euro per ogni giorno in cui il ricorrente ha subito il pregiudizio. Il rimedio è solo pecuniario se il pregiudizio si è protratto per meno di quindici giorni (art. 35-ter, co. 2), nei casi in cui sia stato subito in stato di custodia cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare e, infine, qualora il detenuto sia stato scarcerato. In queste due ultime ipotesi, tuttavia, la competenza non è del Magistrato di sorveglianza bensì del giudice civile.

La scelta del legislatore di compensare i periodi di trattamento inumano e degradante in via prevalente con una riduzione della pena, appare in linea con la giurisprudenza europea, poiché consente, al contempo, di tutelare i diritti dei detenuti e di decongestionare il sistema carcerario. Oggetto di forti critiche da parte della dottrina è stato, invece, il *quantum* del ristoro, giudicato, dai più, troppo esiguo per essere ritenuto soddisfacente. Glauco Giostra ha fatto notare la scarsa comprensibilità della scelta del legislatore di condonare al detenuto, a titolo di liberazione anticipata, 45 giorni di pena ogni 180 in cui abbia dato prova di meritevole partecipazione all’opera rieducativa, per poi ridurre lo sconto di pena ad un giorno ogni 10, quando il ricorrente abbia subito un trattamento inumano e degradante<sup>13</sup>. Lo stesso vale per l’entità della compensazione economica<sup>14</sup>, che appare del tutto insoddisfacente,

<sup>13</sup> F. Della Casa, G. Giostra (2015) [a cura di], *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam. In particolare, a p. 416, Giostra osserva come il criterio di commisurazione del danno per i meriti del detenuto sia quasi nel rapporto di 1 (riduzione) a 2 (pena espiata), laddove quello per i demeriti dello Stato sia di 1 a 10.

<sup>14</sup> R. Braccialini (2015) “Art. 35-ter, 3, Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?”, *Questione Giustizia*, consultabile al sito: [https://www.questionegiustizia.it/articolo/art\\_35-ter\\_3-ordinamento-penitenziario\\_risarcimento-o-tassa-fissa\\_\\_11-03-2015.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/art_35-ter_3-ordinamento-penitenziario_risarcimento-o-tassa-fissa__11-03-2015.php), dove si mette in evidenza che i lavori preparatori e parlamentari di conversione del D.L. 92 e, in particolare, dalla relazione di maggioranza predisposta dall’On. David Ermini mostravano come gli 8 euro fossero “il frutto di un doppio passaggio matematico: in primo luogo,



soprattutto se rapportata al criterio di ragguaglio tra le pene pecuniarie e le pene detentive individuato dall'art. 135 c.p. che fissa il rapporto in 250 euro di pena pecuniaria per ogni giorno di pena detentiva<sup>15</sup>. L'esiguità del ristoro economico si coglie anche in riferimento ai compensi previsti dalla Corte europea ai ricorrenti nel caso Torreggiani: benché non si conosca nel dettaglio il criterio utilizzato dai giudici di Strasburgo per determinare il compenso, la media dei ristori economici accordati in questa sentenza è di 20 € per ogni giorno trascorso in condizioni detentive inumane o degradanti.

Ma, al di là della esiguità del ristoro, ciò che più appare discutibile è la scelta del legislatore di prevedere un criterio fisso di commisurazione del danno, senza lasciare al giudice lo spazio per parametrare l'entità del compenso all'effettivo pregiudizio subito dal ricorrente. Tale disciplina contrasta con l'art. 3 della Costituzione<sup>16</sup>, poiché impone al giudice di trattare in modo uniforme situazioni detentive diverse, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo<sup>17</sup>. La scelta di individuare un compenso fisso e invariabile per risarcire la lesione di un bene così difficilmente quantificabile come quello della dignità dell'uomo, suscita ancora più dubbi dal momento che tale compenso è denominato 'risarcimento'<sup>18</sup>. Il risarcimento del danno non patrimoniale ha, infatti, come corollario il principio della personalizzazione del risarcimento, che implica il dovere del giudice di procedere alla

---

è stata esaminata la media dei ristori ritenuti congrui dalla Corte, e si parla infatti di 20 euro al giorno; secondariamente, su tale dato giornaliero è stata applicata la percentuale del 45%, che in passato era stata ritenuta dalla Corte EDU una percentuale congrua per l'indennizzo delle richieste risarcitorie per ingiustificata durata del processo”.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> M. Passione (2017) “35 ter O.P.: effettivamente, c'è un problema”, *Giurisprudenza Penale Web*, 3, 1-36, consultabile all'indirizzo: [https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/03/Passione\\_gp\\_2017\\_3.pdf](https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/03/Passione_gp_2017_3.pdf).

<sup>17</sup> D. Galliani (2018) “Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.”, *Diritto penale contemporaneo*, 12, 73-112. Secondo l'autore, la fissità dei rimedi è di dubbia costituzionalità per tre motivi: il rimedio fisso non consente di prendere in considerazione la situazione concreta in cui si trova la persona; non permette di considerare il fatto che il ricorrente lamenti non un solo pregiudizio ma più di uno; infine, la fissità del rimedio non valuta lo scopo rieducativo della pena in quanto “detenere una persona in condizioni inumane e degradanti significa stoppare il programma trattamentale; di conseguenza, essendo il programma un progetto di sviluppo della personalità, ogni interruzione merita di essere valutata (almeno) a seconda di quando è avvenuta e dei riflessi, specifici e generali, sull'intero progetto trattamentale”.

<sup>18</sup> Braccialini (2015), cit., p. 9.



integrale riparazione del danno secondo gli schemi civilistici e, in particolare, sulla base dell'effettivo pregiudizio soggettivamente subito dalla vittima; principio che, dunque, esclude ogni meccanismo semplificato di liquidazione automatica<sup>19</sup>. Non si comprende, allora, perché ciò non possa valere anche in materia di risarcimento del danno da violazione dell'art. 3 della CEDU per le condizioni detentive<sup>20</sup>. Per ovviare a tali interrogativi, alcuni autori<sup>21</sup> hanno sostenuto la natura indennitaria del rimedio ritenendo che la norma, al di là della terminologia utilizzata, non intendesse risarcire in senso tecnico il danno subito dal detenuto, limitandosi a prevedere un indennizzo forfettario per il fatto di aver subito una detenzione inumana e degradante. Trasformando il risarcimento in mero indennizzo verrebbe meno il necessario rispetto dei principi di integralità e personalizzazione del ristoro e i dubbi di legittimità costituzionale della norma potrebbero essere agilmente superati riconoscendo all'indennizzo natura additiva rispetto ai rimedi ordinari esperibili di fronte al giudice civile (art. 2043 c.c.).

Questa tesi, pur prestandosi ad alcune obiezioni<sup>22</sup>, è stata condivisa dagli organi di sorveglianza e avallata dalla Corte di Cassazione, sia in sede penale che, di recente, anche in sede civile<sup>23</sup>. Secondo le Sezioni Unite civili, il legislatore si sarebbe mosso in una logica di forfetizzazione della liquidazione, scegliendo la via dell'indennizzo “al fine di contenere i

<sup>19</sup> Cass. civ. sez. lav., 17 dicembre 2014, n. 26590 in *Giustizia Civile Massimario*, 2014.

<sup>20</sup> Braccialini (2015), cit. pp. 8 e ss.

<sup>21</sup> G. Giostra (2014) “Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile all'indirizzo: [https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1422248407GIOSTRA\\_2015.pdf](https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1422248407GIOSTRA_2015.pdf). L'autore ritiene “impropria la qualificazione di ‘risarcimento’, fonte di tante dissonanze con l'intero sistema giuridico e di pericolose oscillazioni interpretative: il rimedio compensativo di cui all'art.35-ter O.P., che del risarcimento non ha la fondamentale caratteristica della personalizzazione del danno, può essere soltanto una forma di equo indennizzo forfettario per le condizioni oggettivamente inumane e degradanti in cui lo Stato ha tenuto un soggetto privato della libertà per fini di giustizia, impregiudicato restando il diritto dell'interessato di chiedere il risarcimento per gli eventuali danni causati da tale inammissibile forma di detenzione”.

<sup>22</sup> Passione (2017), cit., pp. 10 e ss. L'autore osserva come in realtà la norma parli chiaramente di ‘risarcimento’ e non di ‘indennizzo’; dall'altro lato si è obiettato che il meccanismo in virtù del quale il detenuto potrebbe rivolgersi al giudice civile, una volta finito di espiare la pena, per chiedere l'integrazione per il maggior danno subito, oltre a rendere tardiva la riparazione per il pregiudizio, sarebbe inefficace in considerazione della difficoltà di provare fatti avvenuti ad una così lunga distanza di tempo.

<sup>23</sup> Corte Cass. civ., sez. un., 08 maggio 2018, n. 11018, in *Guida al diritto* 2018, 23, 22, §52 e ss. Cfr. anche C. Cattaneo (2018) “Le sezioni unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, O.P. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 6, 245-251.



costi, semplificare il meccanismo di calcolo e ridurre le variabili applicative”<sup>24</sup>. Sarebbe stato tuttavia più opportuno – e conforme alla Carta costituzionale e alla CEDU – prevedere una forbice entro la quale il giudice potesse muoversi liberamente per poter commisurare il risarcimento al caso concreto. Fissare il corrispettivo della lesione della dignità umana in un parametro non modulabile a seconda dell’età, della situazione fisica, della vulnerabilità di ciascuno, vuol dire ritenere che una persona non sia diversa da un’altra, vuol dire rifiutarsi di vedere che dentro alle celle non ci sono solo dei corpi ma, prima di tutto, degli esseri umani.

### 3. Tipologia e composizione degli istanti

Quanto alla provenienza delle istanze, il 56% di esse proviene dalla Casa Circondariale di Prato e il 36% da Firenze Sollicciano<sup>25</sup>. Dai dati raccolti si desume come i principali ‘fruitori’ degli strumenti di tutela siano i detenuti di origine italiana.

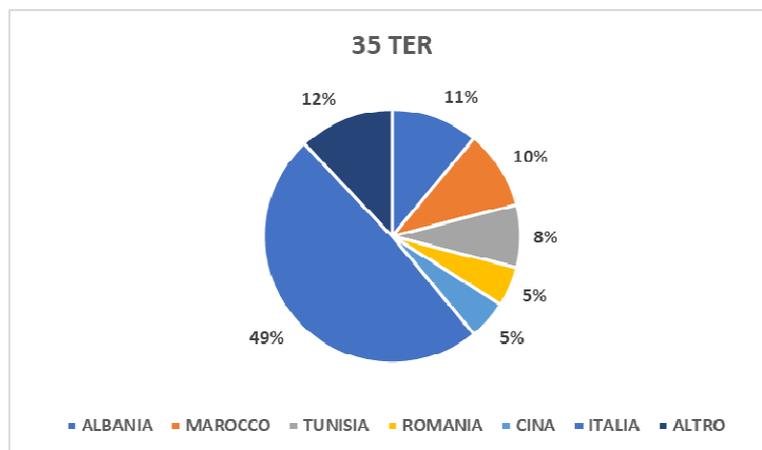


Figura 1 – Provenienza ricorrenti ex art. 35-ter

In particolare, per quanto riguarda le decisioni in materia di rimedio compensativo (art. 35-ter O.P.), i ricorrenti italiani occupano il 49% del totale dei provvedimenti, seguiti dagli istanti di

<sup>24</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un. Civ., 08/05/2018, n. 11018, cit., §52.

<sup>25</sup> L'Ufficio di sorveglianza di Firenze ha competenza sul circondario dei Tribunali ordinari di Firenze, Arezzo, Prato e Pistoia e sugli istituti di pena di Firenze Sollicciano, Firenze Gozzini, Montelupo Fiorentino, Empoli, Prato, Pistoia, Arezzo.

origine albanese (11,35%) e marocchina (10,25%). Al quarto posto figurano poi i ricorrenti di origine tunisina (7,49%). Il 4,6% delle istanze è invece presentata da detenuti provenienti dalla Cina.

La prevalenza dei ricorrenti di origine italiana è ancora più netta tra la popolazione detenuta che ha presentato istanza ex art. 35-*bis* O.P., attestandosi intorno al 65% del totale delle richieste.

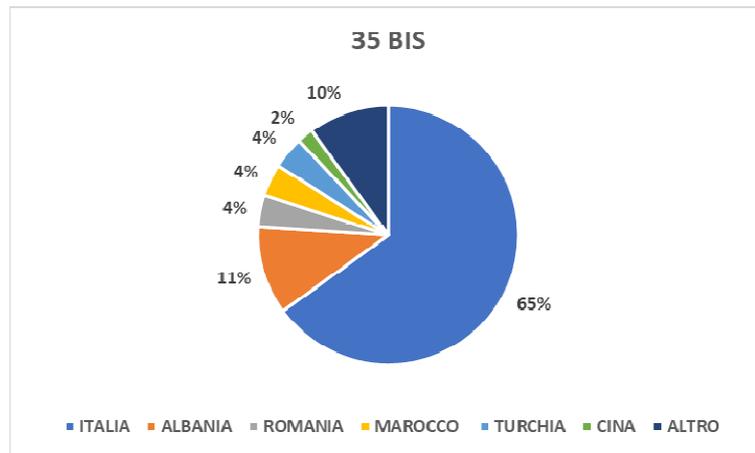


Figura 2 – Provenienza ricorrenti ex art. 35-*bis*

Le basse percentuali dei detenuti stranieri tra gli utenti dei ricorsi certificano un primo importante limite nel funzionamento di tali strumenti, se si considera che sia nel carcere di Prato che in quello di Firenze Sollicciano, i detenuti italiani sono presenti in numero inferiore rispetto agli stranieri<sup>26</sup>. Si prenda ad esempio il caso delle istanze ex art. 35-*ter* provenienti da ricorrenti che lamentano di aver subito un pregiudizio nel carcere di Firenze Sollicciano<sup>27</sup>: il

<sup>26</sup> Sul sito del Ministero della Giustizia, nella sezione Statistiche, consultabile all’indirizzo: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14.page](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page), sono disponibili le statistiche sui “Detenuti italiani e stranieri presenti e capienze per istituto” aggiornate al 31 dicembre di ogni anno. Quanto al carcere di Prato emerge che la percentuale degli stranieri si è sempre aggirata intorno al 55- 56% a partire dal 2014 fino ad oggi. Quanto al carcere di Firenze Sollicciano, i detenuti stranieri rappresentano il 66% del totale della popolazione detenuta.

<sup>27</sup> A ben vedere, dalla lettura delle ordinanze non è sempre desumibile l’Istituto penitenziario in cui il ricorrente lamenta di aver subito un trattamento inumano e degradante. Quando il procedimento si conclude con una decisione di rito, nella maggior parte dei casi nel testo dell’ordinanza il giudice non allude né ai motivi di reclamo né al carcere a cui si riferisce l’asserita violazione. La presente analisi è quindi circoscritta alle

45% di queste provengono da cittadini italiani, nonostante la loro presenza minoritaria in carcere. Tra il 2014 e il 2019 la percentuale dei detenuti italiani a Sollicciano si è stabilita, in media, intorno al 34% a fronte del 66% dei detenuti stranieri. Rapportando questi due dati risulta che 6 italiani su 10 hanno presentato il reclamo, mentre su 10 detenuti stranieri solo 4 hanno rivolto al Magistrato di Sorveglianza una richiesta compensativa<sup>28</sup>.

Dal momento che le persone ristrette in uno stesso carcere condividono le medesime condizioni detentive, il divario sopra descritto non può essere imputato ad un minor bisogno di tutela dei detenuti di origine straniera, ma è dovuto, con ogni probabilità, ad una maggiore difficoltà degli stranieri nell'accesso al rimedio: la limitata conoscenza della lingua italiana, la conseguente scarsa comprensione delle regole del sistema e le difficoltà nell'accesso alla difesa, rappresentano ostacoli concreti alla presentazione delle istanze. Tale situazione collide con il principio di uguaglianza che ha la sua fonte più alta nell'art. 3 Cost., ma che trova un'ampia esplicitazione nell'art. 1 O.P., il quale, nella parte in cui afferma che il "trattamento penitenziario è improntato ad assoluta imparzialità", impone allo Stato di intraprendere azioni positive volte ad eliminare eventuali disparità di trattamento tra i detenuti. Lo stesso articolo, così come riscritto dalla riforma del 2018, prevede inoltre che il trattamento debba conformarsi a "modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione". Il primo passo per perseguire un modello di integrazione dovrebbe essere proprio quello di offrire agli stranieri gli strumenti necessari per divenire consapevoli dei propri diritti e delle modalità per tutelarli di fronte al giudice<sup>29</sup>.

### 3. Andamento delle richieste di tutela nel tempo

---

ordinanze da cui è possibile desumere tale informazione. Nel 46% di essi, il reclamo ha avuto ad oggetto la detenzione subita nella Casa circondariale di Sollicciano.

<sup>28</sup> Nello specifico, infatti, il 45% delle istanze presentate dai detenuti italiani deve essere rapportato alla incidenza della presenza degli stessi nell'Istituto penitenziario in analisi (34,2%). A *contrariis* il 55% delle istanze presentate dagli stranieri deve essere valutato alla luce del 65,8% relativo alla loro presenza.

<sup>29</sup> P. Gonnella (2019) "La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP", in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, pp. 3-14.



Per quanto riguarda l'andamento del numero delle istanze di tutela preventiva e compensativa rivolte all'organo di sorveglianza, dai grafici sotto illustrati si nota come, a seguito di una crescita esponenziale del numero dei ricorsi nei primi mesi di vigenza dei rimedi, questi abbiano poi subito un drastico ed inesorabile calo. Più della metà (53,8%) del totale delle richieste compensative presentate nei cinque anni oggetto di analisi, è stata proposta nel corso del primo anno di applicazione dell'istituto. L'anno successivo la percentuale è scesa al 20,8% per poi diminuire repentinamente fino ad attestarsi, nel 2018, ad appena il 5,8 % delle istanze totali.

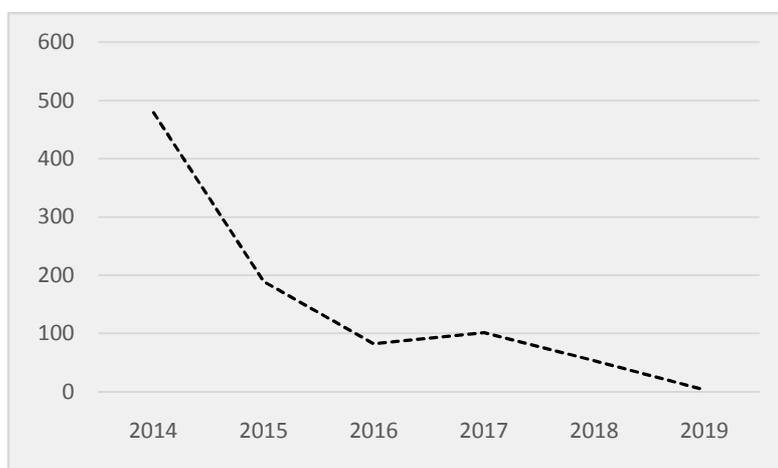


Figura 3 – Andamento statistico richieste di tutela ex art. 35-ter

Lo stesso vale per i reclami ex art. 35-bis: nel corso del 2015 la cancelleria ha registrato il 54% del totale dei reclami presentati nei cinque anni oggetto di analisi. Nei due anni successivi la percentuale è calata al 14,5% e nel 2018 è ulteriormente scesa fino a raggiungere il 13%. I dati raccolti dal gennaio al maggio 2019 non fanno sperare in una variazione del *trend*, dal momento che, in questi mesi, sono state registrate solo 7 istanze.

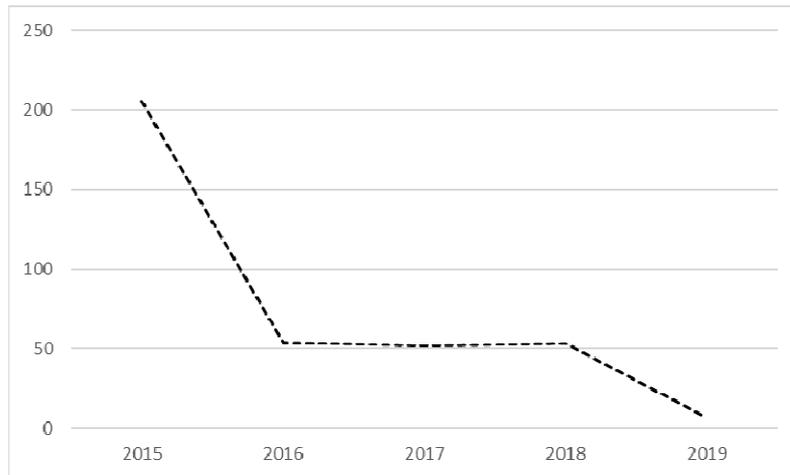


Figura 4 – Andamento statistico richieste di tutela ex art. 35-bis

Dovendo, purtroppo, escludere che una così repentina diminuzione delle istanze di tutela sia ascrivibile ad un miglioramento delle condizioni detentive all'interno degli istituti penitenziari, sembra piuttosto che questo andamento sia indice di una crescente sfiducia dei detenuti rispetto all'utilità pratica dei ricorsi e alla effettività della tutela da essi apprestata. A tale sfiducia hanno probabilmente contribuito, da un lato, i lunghi tempi di attesa per la conclusione dei procedimenti e, dall'altro, la scarsità delle pronunce di accoglimento a cui i ricorsi sono andati incontro.

Riservandoci di analizzare più nel dettaglio gli esiti dei procedimenti, distinguendoli in ragione della tipologia del ricorso e del contenuto dell'istanza, è sufficiente in questa sede notare come, nel complesso, gli accoglimenti rappresentino la percentuale più bassa del totale delle pronunce dei giudici di sorveglianza: solo il 16% delle istanze di tutela preventiva è andata incontro ad una pronuncia di accoglimento<sup>30</sup>, laddove in materia di rimedio compensativo i provvedimenti di accoglimento rappresentano il 22% del totale (tra questi, nel 96% dei casi si tratta tuttavia di accoglimenti parziali).

<sup>30</sup> Seguiti dalle pronunce di non luogo a procedere (17%), dalle declaratorie di inammissibilità (24%) e dalle decisioni di rigetto (43%).

Quanto poi al periodo di tempo necessario per giungere alla conclusione del procedimento, alla luce dei dati raccolti risulta che, tra la data di arrivo in cancelleria delle istanze e la decisione, trascorrono in media 234 giorni (con punte di 865 e addirittura 1284 giorni) per le istanze ex art. 35-ter e 142 giorni (con punte di 431 e 1118 giorni) per le istanze ex art. 35-bis. Un così esteso lasso temporale rischia di vanificare l'efficacia della tutela, soprattutto quella 'preventiva' che, proprio perché consente al Magistrato di sorveglianza di interrompere una violazione in atto, postula una certa prontezza di intervento da parte del giudice. Si prenda ad esempio l'ipotesi del reclamo ex art. 35-bis O.P. avverso una sanzione disciplinare: considerando che il provvedimento disciplinare più duraturo consiste nell'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni (art. 39 O.P.), una decisione adottata a distanza di oltre cento giorni dal ricorso interviene in un momento in cui il provvedimento disciplinare è già stato integralmente eseguito. In casi come questo, dunque, la decisione del giudice non è più in grado di assolvere alla sua funzione principale, non potendo assicurare una rapida cessazione dell'eventuale violazione del diritto del detenuto.

Le scarse percentuali di accoglimenti, l'irragionevole durata dei procedimenti, uniti alla difficoltà di accesso alla tutela da parte dei detenuti stranieri, contribuirebbero a nostro avviso a spiegare il costante calo delle richieste nel tempo e la crescente sfiducia dei ristretti nell'utilità del ricorso. Sfiducia che, come vedremo, trova giustificazione e conferma nel *modus decidendi* dei giudici, i quali, posti dinanzi all'alternativa tra massimizzare o restringere l'ambito della tutela hanno finora privilegiato questa seconda opzione.

#### 4. Il rimedio preventivo: dalla teoria alla prassi

La disciplina del rimedio preventivo, pur muovendosi in una apprezzabile prospettiva di migliorata garanzia delle condizioni di detenzione<sup>31</sup>, presenta alcune criticità che rischiano di frustrarne le potenzialità applicative. La questione interpretativa più controversa concerne la definizione dell'ambito applicativo del nuovo reclamo. La scelta del legislatore di non

<sup>31</sup> F. Fiorentin (2013) "Il reclamo 'giurisdizionale' per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate", *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 3, 235-267.



abrogare il reclamo generico previsto all'art. 35 O.P.<sup>32</sup> portava infatti con sé la necessità di comprendere quali interessi del detenuto fossero meritevoli di tutela giurisdizionale e quali, invece, fossero destinati a rimanere confinati nel 'deserto di garanzie' del reclamo generico. L'ambigua formulazione della norma – nella parte in cui prevede che i reclami possono avere ad oggetto la “inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” – ha di fatto delegato al diritto vivente la determinazione del perimetro applicativo del rimedio.

Stando alla lettera della disposizione sembra che, affinché possa attivarsi la procedura del reclamo giurisdizionale, debbano contestualmente sussistere tre requisiti: *i*) l'inosservanza da parte dell'autorità amministrativa di una disposizione prevista dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento (d.p.r. n. 230/2000); *ii*) il pregiudizio all'esercizio di un diritto di un detenuto o di un internato; *iii*) l'attualità e la gravità di tale pregiudizio.

Quanto al primo punto, la dottrina maggioritaria ha escluso che l'esplicito richiamo alla legge penitenziaria e al regolamento esecutivo potesse privare di tutela giurisdizionale tutti quei diritti che trovano fondamento in contesti normativi diversi da quello penitenziario<sup>33</sup>. Se così fosse si giungerebbe, infatti, all'assurdo di non veder tutelati in un procedimento giurisdizionale quei diritti che, benché non contemplati espressamente dall'ordinamento penitenziario, siano esplicitamente riconosciuti o implicitamente ricavabili dalla Costituzione o da fonti sovranazionali. La definitiva consacrazione di tale interpretazione – avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>34</sup> – è arrivata dallo stesso legislatore che, in occasione della riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, ha inserito al co. 4 dell'art. 1 O.P. un richiamo esplicito ai diritti fondamentali, i quali devono essere garantiti “ad ogni persona privata della libertà”. Con l'entrata in vigore della riforma,

---

<sup>32</sup> Alcuni autori hanno ritenuto che la scelta di non abrogare il reclamo generico ex art. 35 O.P., mantenendo tra i suoi possibili destinatari lo stesso Magistrato di Sorveglianza, complicasse la questione, rischiando di compromettere l'intera tutela del detenuto. In tal senso, Galliani (2018), cit., p. 13.

<sup>33</sup> In tal senso, M. Bortolato (2014) “Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale”, *Archivio penale*, 2, 563-583, e Fiorentin (2013), cit., p. 243.

<sup>34</sup> Cass. pen. Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, in C.e.d., n. 271905, §4.3.



dunque, i diritti fondamentali entrano a pieno titolo a far parte del novero dei diritti previsti dalla legge di ordinamento penitenziario e dunque tutelabili per mezzo del nuovo reclamo giurisdizionale.

Ma il nodo interpretativo più complesso della disciplina risiede nell'inciso in virtù del quale la violazione subita dal ricorrente deve consistere in un pregiudizio "all'esercizio dei diritti". Si tratta invero di capire se il riferimento esplicito ai 'diritti' del detenuto debba essere letto in termini espansivi o restrittivi, e dunque se l'area della tutela giurisdizionale debba essere o meno circoscritta alle sole posizioni giuridiche espressamente qualificate in termini di 'diritto soggettivo'. Coloro i quali ritenevano di poter inquadrare il tema dei diritti in carcere nelle tradizionali categorie dogmatiche del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, interpretavano letteralmente il riferimento al termine 'diritti', sbarrando l'accesso alla tutela per tutte quelle posizioni giuridiche non qualificabili in termini di 'diritto soggettivo'. Secondo questo orientamento, al detenuto sarebbe stata preclusa la possibilità di adire il giudice con un reclamo ex art. 35-*bis* tutte le volte in cui il potere dell'amministrazione era configurato dalla legge come discrezionale.

Di diverso avviso era invece chi, leggendo la norma alla luce della finalità ultima della rieducazione del soggetto, interpretava in termini ampi il riferimento ai 'diritti' e attribuiva all'organo di sorveglianza il compito di esprimersi sulla violazione di tutti quegli interessi che, a prescindere dalla loro qualifica formale, fossero in concreto funzionali al perseguimento della finalità rieducativa della pena. In questo secondo orientamento si ascrive il pensiero di Davide Galliani, secondo il quale il legislatore dell'art. 35-*bis* O.P. avrebbe formulato una norma che "scinde ciò che non è scindibile" ovvero "i diritti da qualsiasi altra cosa che non costituisce diritti"<sup>35</sup>. Secondo l'autore, per tracciare il confine tra gli interessi del detenuto meritevoli di tutela giurisdizionale e quelli che invece non lo sono, sarebbe riduttivo fermarsi alla loro qualificazione giuridica, senza valutarne in concreto anche la sostanza. In carcere, dove "le briciole di pane sono come diamanti e l'orizzonte di importanza è delle piccole cose"<sup>36</sup>, le priorità si riordinano secondo nuove gerarchie, gli interessi, anche i più frivoli e minori, diventano imprescindibili e i piccoli problemi si trasformano in questioni

<sup>35</sup> Galliani (2018), cit., p.76.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 77.



di vitale importanza. Se la funzione del Magistrato di sorveglianza è quella di tutelare il detenuto in vista del suo reinserimento in società, deve essere possibile rivolgersi ad esso per lamentare la violazione di tutti quegli interessi che, al di là della loro qualifica formale, risultino funzionali al perseguimento della finalità rieducativa della pena.

Su questo punto è intervenuta di recente anche la Corte di Cassazione che, con la pronuncia n. 54117 del 2017<sup>37</sup>, ha fornito agli interpreti alcune preziose indicazioni in ordine alla delimitazione del confine applicativo del reclamo giurisdizionale. La vicenda posta all'attenzione della Cassazione riguarda il caso di un detenuto a cui l'amministrazione penitenziaria aveva sottratto la fotografia della madre defunta poiché eccedente le dimensioni massime stabilite dal regolamento interno. Ritenendo che il comportamento dell'amministrazione penitenziaria pregiudicasse il proprio diritto all'affettività, il detenuto aveva rivolto al Magistrato di sorveglianza un reclamo ex art. 35-*bis* O.P. chiedendo la restituzione della fotografia. L'istanza era stata tuttavia rigettata dal giudice, il quale, ritenendo che il semplice sequestro dell'oggetto non potesse incidere su una posizione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo, aveva classificato la domanda come "reclamo generico". La Corte di Cassazione, investita della questione, ha invece ritenuto giustiziabile la pretesa del ricorrente precisando che il Magistrato di sorveglianza è tenuto ad attivare il procedimento giurisdizionale ex art. 35-*bis* O.P. "in tutti i casi in cui la doglianza potrebbe – sia pure in astratto – riferirsi ad un diritto soggettivo dell'esponente"; viceversa, l'istanza va ritenuta come "sollecitazione (ex art. 35, comma 1, n. 5) all'esercizio dei generici poteri di controllo e verifica spettanti al Magistrato di Sorveglianza sull'agire dell'amministrazione" nelle ipotesi in cui sia "immediata e manifesta" l'assenza di una qualsiasi correlazione tra la condotta dell'amministrazione e una posizione giuridica di 'diritto soggettivo' della persona detenuta"<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, in C.e.d., n. 271905. Per un commento si veda F. Della Casa (2018) "Una foto 'oversize' nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-*bis* ord. penit.", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 61, 273-301.

<sup>38</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, cit., §3.4.



Nel caso di specie la Suprema Corte ha ricostruito il legame tra la richiesta specifica del ricorrente e il diritto soggettivo al mantenimento delle relazione affettive sostenendo che la prima fosse ‘inerente’ al secondo ed ha quindi concluso che:

L’ingiustificato diniego di forme di esercizio – ovviamente non prevedibili in modo specifico e da valutarsi in concreto – del diritto “alla cura della propria affettività” rientra, per quanto sopra detto, nell’area della tutela giurisdizionale<sup>39</sup>.

Il Magistrato di sorveglianza dovrebbe quindi attivare il procedimento giurisdizionale ex art. 35-*bis* ogni volta in cui è possibile, sia pure in astratto, collegare la doglianza del detenuto ad una posizione giuridica di diritto soggettivo. Nondimeno, lo studio della prassi applicativa dell’Ufficio di Sorveglianza fiorentino ci mostra in modo inequivocabile come i giudici abbiano per lungo tempo privilegiato una lettura della norma distante e ben più restrittiva rispetto a quella fornita dalla Cassazione, ridimensionando non poco l’ambito di applicazione del rimedio in e dunque l’ampiezza della tutela riconosciuta a ciascuna persona detenuta.

## 5. Il reclamo in materia di diritti nella giurisprudenza dell’Ufficio di Sorveglianza di Firenze

Esaminando le ordinanze emesse tra il 2014 e il 2019 sui reclami in materia di diritti emerge che, ad eccezione delle prime decisioni tutte afferenti ai casi peculiari delle persone internate nell’Ospedale Psichiatrico di Montelupo Fiorentino<sup>40</sup>, si sono prodotte una serie di pronunce di rigetto perlopiù analoghe e ancorate ad una visione formalistica del rimedio in esame.

<sup>39</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, cit. §4.2.

<sup>40</sup> L’art. 3-*ter* della L. 17 febbraio 2012, n. 9 – successivamente modificato dai D.L. 27/2013 e 52/2014 – individuava il termine per la definitiva chiusura degli O.P.G. al 31 marzo 2015 stabilendo che “le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2”, ovvero le R.E.M.S. Le persone che, alla scadenza del termine, si trovavano ancora internate nell’O.P.G. di Montelupo Fiorentino, con il supporto de L’Altro Diritto, hanno iniziato a rivolgersi al Magistrato di sorveglianza di Firenze, avvalendosi



I primi reclami diretti al Magistrato di sorveglianza a seguito dell'introduzione del rimedio e, indicativamente, fino al marzo 2016 presentano un contenuto tra loro identico<sup>41</sup>: i detenuti lamentano di aver sofferto, a causa delle condizioni materiali di detenzione, un pregiudizio grave ai propri diritti e formulano contestualmente una serie di richieste, tra cui quelle di essere assegnati ad una cella nella quale poter fruire di uno spazio non inferiore a 7 metri quadrati, di essere autorizzati a permanere fuori dalla cella per almeno otto ore al giorno e di essere assegnati ad un istituto di pena da individuarsi in base al criterio della territorializzazione di cui all'art. 42 O.P. A loro volta, le decisioni dei giudici su queste istanze seguono il medesimo schema decisorio: il giudice, ancorandosi ad una interpretazione letterale della norma, dopo aver ripercorso i presupposti necessari affinché possa attivarsi la tutela offerta dal reclamo giurisdizionale<sup>42</sup>, giudica infondate le richieste dei detenuti, stante l'assenza di una "inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria di norme stabilite dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento". In particolare, quanto alla prima richiesta, relativa all'assegnazione in una cella in cui poter fruire di uno spazio non inferiore a 7 mq, il giudice rileva l'inesistenza di una norma della legge penitenziaria e del regolamento in cui si stabilisca, nel dettaglio, quale debba essere la superficie della cella. Quanto poi alla richiesta di trascorrere fuori dalla cella otto ore al giorno, il giudice, sempre avvalendosi dell'argomento formale, vi contrappone il testo dell'art. 10 O.P., nella parte in cui stabilisce (nella versione vigente prima della riforma dell'ordinamento penitenziario) che "ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito permanere almeno due ore al giorno all'aria

---

proprio del nuovo strumento di tutela giurisdizionale e lamentando la sussistenza di un pregiudizio grave e attuale del loro diritto alla libertà personale tutelato dall'art. 13 della Costituzione. Queste istanze, che rappresentano il 26% del totale dei reclami ascrivibili alla lett. b) co. 6 dell'art. 69 O.P., sono state accolte nella pressoché totalità dei casi.

<sup>41</sup> Tali ordinanze si collocano nell'arco temporale che va dal marzo 2015 al marzo 2016. *Ex multis*, si veda Ord. n. 5601/2014, 2303/2015.

<sup>42</sup> Nelle ordinanze si legge: "affinché possa farsi luogo alla tutela prevista dall'art. 35-bis, comma 3 ord. penit. occorre che sia stata accertata la sussistenza di tre condizioni: l'inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria di norme stabilite dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento; che tale inosservanza abbia determinato la lesione di un diritto del condannato; che tale lesione abbia cagionato un pregiudizio grave ed attuale, intendendosi per tale un pregiudizio esistente non solo al momento della proposizione del reclamo ma anche al momento della decisione".



aperta”. Per quanto riguarda, infine la richiesta del detenuto di essere trasferito in un istituto di pena individuato in base al criterio della territorializzazione, l’organo giudicante rileva come l’art. 42 O.P., nella parte in cui prevedeva, nella sua formulazione originaria<sup>43</sup>, che nel disporre le assegnazioni “deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie”, non fa sorgere in capo al detenuto un vero e proprio diritto soggettivo ad essere assegnato o trasferito in un determinato istituto di pena, ma solo un interesse legittimo. Alla luce di ciò, il giudice, dopo aver espressamente precisato che “l’unica posizione tutelabile ex artt. 69, comma 6 lett. b) e 35-bis ord. penit.” è quella del diritto soggettivo, conclude che non ricorrono le condizioni per l’accoglimento del reclamo.

Solo più di recente, e in particolare a partire dai primi mesi del 2016, risultano essere stati presentati reclami dal contenuto più eterogeneo, aventi ad oggetto, a titolo esemplificativo, temi quali la violazione del diritto al mantenimento dei rapporti affettivi<sup>44</sup>, la carenza di operatori penitenziari quali educatori e psicologi<sup>45</sup>, l’inadeguatezza delle condizioni igieniche o la violazione del diritto all’istruzione<sup>46</sup>. Quello che però colpisce è il numero decisamente esiguo di questi reclami rispetto al totale delle ordinanze esaminate. Questo dato, assieme alla minima percentuale di accoglimenti, ci induce a ritenere che la giurisprudenza del tribunale abbia fortemente limitato le potenzialità di uno strumento che, al momento della sua introduzione nell’ordinamento, sembrava avesse ben colmato la lacuna messa in luce dalla Consulta nel 1999. L’esame di alcune delle più recenti decisioni del Magistrato di Sorveglianza di Firenze può aiutarci a ricostruire, induttivamente, l’entità di detto ridimensionamento.

<sup>43</sup> Tale disposizione è stata poi modificata dall’art. 11 comma 1 lettera p) del D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123: “I trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell’istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari. Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L’amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga”.

<sup>44</sup> Ord. n. 8786/2016, 7691/2016, 2983/2018 UDS Firenze.

<sup>45</sup> Ord. n. 264/2017 UDS Firenze.

<sup>46</sup> Ord. n. 4644/2016, 9317/2016 UDS Firenze.



### 5.1. Diritto all'istruzione e antidiscriminazione. Un caso concreto

Il tema della violazione del diritto all'istruzione in carcere e quello delle pari opportunità è stato oggetto in particolare di una delle ordinanze esaminate. La pronuncia in parola<sup>47</sup> è stata emessa a seguito della presentazione di un reclamo ex art. 35-*bis* O.P. da parte di una detenuta del carcere di Sollicciano che censurava la decisione dell'autorità amministrativa di interrompere l'offerta formativa scolastica (nello specifico quella relativa alla scuola secondaria di secondo grado) per le detenute del reparto femminile e transgender. Il corso scolastico, già svolto all'interno di classi miste, era stato interrotto a seguito di un evento verificatosi nel luglio del 2018, quando una detenuta frequentante il corso di scuola media aveva avuto un rapporto sessuale consensuale con un detenuto nei bagni della scuola, a seguito del quale era poi risultata incinta. In conseguenza di questo isolato episodio, la direzione dell'istituto aveva deciso di limitare l'offerta formativa ai soli detenuti di sesso maschile. Tale decisione, formalmente giustificata da esigenze di sicurezza, era probabilmente stata indotta anche da ragioni di natura pratica ed economica: in assenza di sufficienti risorse finanziarie che permettessero di offrire il servizio scolastico contestualmente e separatamente sia alle detenute che ai detenuti e non volendo ripetere l'esperienza delle classi promiscue, si era scelto di salvaguardare i soli detenuti uomini, in ragione della loro presenza maggioritaria all'interno dell'istituto. È in questo contesto che la reclamante, trovandosi improvvisamente e incolpevolmente privata della possibilità di proseguire il proprio percorso formativo, si era rivolta al Magistrato di Sorveglianza con un reclamo ex art. 35-*bis* O.P., ritenendo che la sua esclusione dall'attività formativa rappresentasse innanzitutto una grave e diretta discriminazione fondata sul genere e, in secondo luogo, una violazione del suo diritto all'istruzione costituzionalmente garantito e previsto specificatamente dalle norme di legge e di regolamento. Per questi motivi, domandava al giudice che, svolta l'istruttoria del caso, ordinasse all'amministrazione penitenziaria di ripristinare l'offerta formativa scolastica anche per le detenute, in regime misto o comunque separato.

---

<sup>47</sup> Ord. n. 12626/2018 UDS. Firenze.



La richiesta di tutela della ricorrente, presentata in un momento successivo all'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, trovava un importante riscontro nelle modifiche legislative di recente introduzione. Il legislatore delegante infatti, animato dalla necessità di ripensare la vita detentiva all'interno degli istituti anche attraverso una valorizzazione delle offerte trattamentali e garantendo ai detenuti un più concreto godimento dei propri diritti, aveva introdotto importanti novità anche in riferimento alla tutela delle donne detenute, dedicando un apposito criterio di delega alla "previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute" (lett. t) della L. 23 giugno 2017 n. 103). Di qui la modifica dell'art. 1 O.P., il cui testo, a differenza di quello oggi vigente, non vietava esplicitamente discriminazioni di genere nell'accesso al trattamento penitenziario e la previsione, all'art. 19 O.P., di uno specifico periodo in cui si afferma la parità di accesso alle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale<sup>48</sup>. È dunque alla luce di questa rinnovata (e rafforzata) attenzione al tema della tutela dei diritti delle donne all'interno del carcere che deve essere letto il reclamo in esame.

Dal contenuto dell'ordinanza si nota che il giudice, sebbene posto dinanzi ad un reclamo articolato e molto argomentato, rigetti la domanda con un provvedimento di poche righe e con una motivazione, quando non palesemente carente, difettosa e ben poco logica. Una volta preso atto, all'esito dell'istruttoria, dell'interruzione del servizio di scuola secondaria di secondo grado per le detenute e dopo aver valorizzato, come valido esercizio sostitutivo del diritto all'istruzione, la possibilità di avvalersi di un'associazione di volontariato che "le assiste nello studio e le accompagna per lo svolgimento degli esami"<sup>49</sup>, l'organo giudicante si addentra nel merito. Analizzando la parte motiva dell'ordinanza si

<sup>48</sup> Commissione Giostra (2019) *Il progetto di riforma penitenziaria*, Roma, Nuova Editrice Universitaria. In particolare, a p. 150 si legge che: "tramite la programmazione di iniziative specifiche, è assicurata parità di accesso delle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale". L'inserimento di tale previsione veniva spiegata nella relazione illustrativa al progetto di riforma in questi termini: "Si propone – in attuazione del criterio di cui alla lettera t) della legge- delega di dedicare particolare attenzione alla formazione culturale e professionale delle donne che, per il loro numero esiguo, risultano spesso penalizzate nell'accesso ai predetti corsi."

<sup>49</sup> Ord. n. 12626/2018 UDS Firenze: "Successivamente alle donne detenute è stato assicurato il diritto alla istruzione mediante la associazione di volontariato Pantagruel che tramite volontari le assiste nello studio e le accompagna per lo svolgimento degli esami".



nota, tuttavia, come il profilo della lamentata discriminazione sia inspiegabilmente del tutto ignorato e quello del pregiudizio al diritto all'istruzione venga contrastato con argomentazioni che sembrano evidenziare una certa difficoltà del giudice di sorveglianza nel calarsi pienamente nel ruolo di garante dei diritti dei detenuti assegnatogli dal legislatore. Il giudice, infatti, posto dinanzi all'assoluta impossibilità di accesso all'istruzione per la detenuta, anziché riconoscere la palese inosservanza da parte dell'amministrazione delle richiamate disposizioni normative in tema di pari opportunità e diritto alla formazione scolastica, si rifugia in un argomento che travalica e distorce la semplice richiesta della reclamante di poter accedere ad almeno un corso, sostenendo come "non sia pensabile" che i detenuti possano vantare il diritto – non esercitabile secondo il giudice neppure dai liberi – di partecipare a qualsiasi tipo di corso scolastico:

Il diritto all'istruzione all'interno di un carcere deve essere opportunamente calibrato, non è pensabile che un detenuto possa avere l'offerta formativa di un libero, non è pensabile per motivi organizzativi che qualsiasi tipo di corso di studi sia frequentabile all'interno di un carcere, tanto più che anche in vaste zone del territorio italiano mancano taluni tipi di licei o scuole di istruzione superiore (diversa sarebbe la questione ove si trattasse di scuola dell'obbligo).

Questo argomento, oltre ad essere palesemente in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che a partire dalla nota sentenza n. 26 del 1999 ha affermato che la privazione della libertà non comporta affatto una *capitis deminutio* del detenuto, appare soprattutto illogico e non pertinente rispetto alla richiesta della reclamante. La detenuta infatti non chiedeva di poter avere la possibilità di scegliere un'offerta formativa diversa da quelle disponibili nell'istituto, ma avanzava la richiesta ben più modesta di poter frequentare un corso scolastico già esistente e dal quale era stata incolpevolmente esclusa.

Parimenti forzato appare, del resto, il tentativo di considerare equipollente al corso scolastico riservato ai soli maschi, la possibilità offerta alle donne di poter fruire dell'assistenza dell'associazione di volontariato. Tale attività, con cui i volontari hanno tentato di sopperire all'interruzione del corso scolastico, si è infatti limitata ad una



predisposizione di alcune lezioni su alcune materie, senza pretesa di completezza e nell'assenza di un qualsiasi riconoscimento istituzionale. Nonostante che tutto ciò sembri francamente evidente, il giudice conclude respingendo il reclamo basandosi proprio su questi due argomenti:

Quindi da un lato si deve ritenere che non costituisca diritto costituzionalmente garantito la possibilità di partecipare a qualsiasi tipo di istruzione secondaria di secondo grado all'interno delle carceri, da un altro si ritiene che l'organizzazione del servizio di cui sopra (tramite associazioni di volontari) assicuri comunque alle detenute la tutela del loro diritto allo studio.

In conclusione, sembra che da questo esempio emerga sin troppo chiaramente come i passi in avanti fatti dal legislatore nazionale per adeguarsi alle pronunce e agli indirizzi della Consulta e della Corte EDU, al fine di rendere effettiva la tutela dei diritti in carcere, se pur apprezzabili sul piano dei principi, siano ben poco utili se poi i soggetti preposti a garantire quei diritti e quella tutela si rivelino, sul piano pratico, ancora culturalmente poco preparati a muoversi all'interno del nuovo contesto.

## 5.2. Permanenza all'aria aperta e sorveglianza dinamica

Nella stessa direzione si muove l'ordinanza emessa nel novembre 2018 sul caso di un detenuto del carcere di Firenze Sollicciano, il quale si era rivolto al giudice lamentando una grave compressione dei suoi diritti fondamentali dovuta alla circostanza che le celle della sezione in cui si trovava ristretto rimanevano chiuse per 20 ore al giorno. A parere del reclamante, la permanenza in cella per un così ampio lasso di tempo, oltre a comportare un prolungato ozio forzato, ostacolava lo svolgimento delle attività di socializzazione. L'istante aggiungeva che, potendo accedere ai locali delle docce esclusivamente nell'arco delle quattro ore in cui era legittimato ad uscire dalla cella, si trovava ogni giorno costretto a scegliere se fruire integralmente delle ore d'aria oppure provvedere alla propria igiene personale, sottraendo del tempo alle già scarse occasioni di socialità fuori dalla cella. Ad aggravare ulteriormente la situazione si aggiungevano le inadeguate condizioni igieniche e strutturali della cella, insufficientemente areata, poco luminosa e interessata da muffe, umidità e



infiltrazioni d'acqua. Alla luce di ciò, il ricorrente rivolgeva al giudice un'istanza ex art. 35-*bis* O.P. con la quale chiedeva che si ponesse rimedio alla lesione dei suoi diritti attraverso il ripristino del regime di celle aperte<sup>50</sup>, sospeso dalla direzione del carcere in seguito ad un fatto di evasione verificatosi a più di un anno di distanza dal ricorso in esame.

Il Magistrato di sorveglianza, dopo aver brevemente riassunto le doglianze del ricorrente e prima di passare a motivare la decisione, osserva che:

È innegabile che le misure privative della libertà comportino per il detenuto inconvenienti e disagi, ma può ricevere tutela inibitoria, quale quella azionata dal reclamante, solo la modalità di esecuzione della pena che sia assolutamente incompatibile con il rispetto della dignità umana e che sottoponga il recluso a uno stato di sconforto e a una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione.

È evidente l'equivoco in cui, a nostro avviso, è caduto l'organo giudicante, laddove, adito dal detenuto con un reclamo ex art. 35-*bis* O.P., sembra confondere i presupposti e le caratteristiche del rimedio preventivo con quelli del rimedio compensativo. Infatti, la circostanza che “la modalità di esecuzione della pena sia assolutamente incompatibile con il rispetto della dignità umana” è presupposto necessario per l'accertamento della sussistenza di

---

<sup>50</sup> Il regime di cui il reclamante chiedeva la reintroduzione (regime di celle aperte o di “vigilanza dinamica”) consiste in un particolare sistema di sorveglianza, diverso da quello tradizionale perché non incentrato sulle classiche modalità di controllo di tipo custodiale della popolazione detenuta, bensì basato sull'osservazione e sulla conoscenza della persona in una logica di responsabilizzazione del detenuto in vista del suo reinserimento sociale. Questa innovativa modalità di sorveglianza, che trovava espresso riconoscimento nelle Regole Penitenziarie Europee, si era affacciata nel nostro ordinamento con le circolari del D.A.P. che, a partire dal novembre 2011, aveva avviato un percorso di cambiamento del sistema organizzativo e gestionale dell'amministrazione penitenziaria in vista della definitiva adozione di un modello nuovo di detenzione basato sulla custodia aperta per i detenuti a bassa soglia di rischio con apertura delle celle per un periodo superiore alle 8 ore e fino a 14 ore giornaliere. La sorveglianza dinamica aveva poi costituito oggetto di un apposito punto di delega della L. 23 giugno 2017 n. 103 che, alla lett. r) indicava espressamente la necessità di prevedere “norme volte al rispetto della dignità attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica”. La proposta della Commissione Giostra di inserire all'art. 1 O.P. uno specifico comma dedicato alla sorveglianza dinamica non è, tuttavia, confluita nel testo di legge poi definitivamente approvato dal Parlamento. L'unica modifica significativa apportata dalla riforma dell'ordinamento penitenziario, in materia di permanenza fuori dalla cella ha riguardato il passaggio da due a quattro del numero di ore minime durante le quali deve essere consentito di permanere all'aria a tutti i soggetti che non prestano lavoro all'aperto (art. 10 O.P.).



un trattamento inumano o degradante ma non anche per l'accoglimento di una richiesta di tutela preventiva, per il quale è invece sufficiente che la circostanza lamentata pregiudichi un qualsiasi diritto del soggetto detenuto. In altre parole, il giudice adito con un reclamo ex art. 35-*bis* non è tenuto a valutare se la circostanza lamentata sia o meno compatibile con il rispetto della dignità umana, ma se la doglianza determini un pregiudizio grave ai diritti della persona detenuta.

A prescindere da tale 'svista', il giudice, dopo aver constatato che "effettivamente per ragioni di sicurezza, anche per carenza di sistemi di videosorveglianza, dopo alcune evasioni non è più stato praticato in istituto il cosiddetto regime aperto", rigetta la richiesta del reclamante poiché "sul punto non si riscontrano violazioni di legge". Al ricorrente sono infatti state garantite, osserva il giudice, le quattro ore d'aria previste dall'art. 10 O.P., a norma del quale "ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere all'aria aperta per un tempo non inferiore alle quattro ore al giorno". L'articolata richiesta di tutela del reclamante viene dunque ancora una volta liquidata in poche righe dal giudice con un'ordinanza che, pur corretta nel non ravvisare violazioni di legge dal punto di vista formale, elude la sostanza della questione sollevata dal reclamante. Quest'ultimo, infatti, non aveva censurato la violazione della disposizione relativa alle ore minime da passare fuori dalla cella, ma aveva rivolto al Magistrato di sorveglianza una questione ben più alta: rimanere chiusi 20 ore in una cella, anche ammesso che non configuri un trattamento inumano e degradante, è o non è una situazione che genera un pregiudizio grave ai diritti di chi si trova ristretto?

### 5.3. Diritto all'osservazione e diritto al trattamento rieducativo

Diverso è il caso dell'ordinanza n. 264 del 2017, in cui il Magistrato di Sorveglianza si è trovato a decidere su un reclamo ex art. 35-*bis* O.P. con cui un detenuto lamentava la compressione del suo diritto al trattamento<sup>51</sup>. In particolare, il ricorrente, recluso nella casa

<sup>51</sup> Il diritto al trattamento, sancito dal co. 3 dell'art. 1 O.P. ("Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale, ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati") affonda le sue radici direttamente nel co. 3 dell'art. 27 della Costituzione. A norma dell'art. 13 O.P., novellato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il trattamento deve essere



circondariale di Firenze Sollicciano, denunciava la grave carenza di funzionari giuridico-pedagogici, tale da impedire l'espletamento dell'osservazione della personalità e chiedeva, quindi, al Magistrato di sorveglianza di adottare i provvedimenti necessari per porre fine alla violazione dei suoi diritti.

Il diritto al trattamento, sancito nella disposizione di apertura dell'ordinamento penitenziario<sup>52</sup>, affonda le sue radici direttamente nel comma 3 dell'art. 27 della Costituzione il quale, come noto, prevede che "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Tale finalità è perseguita proprio attraverso il trattamento rieducativo, inteso come l'insieme delle opportunità trattamentali e delle attività funzionali al reinserimento sociale del soggetto<sup>53</sup>. A norma dell'art. 13 O.P., novellato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il trattamento deve essere individualizzato, deve cioè conformarsi ai bisogni della personalità di ciascun detenuto, deve incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il suo reinserimento sociale. L'individualizzazione del trattamento è poi, come noto, perseguita dall'amministrazione penitenziaria per mezzo dell'osservazione scientifica della personalità.

---

individualizzato, deve cioè conformarsi ai bisogni della personalità di ciascun detenuto, deve incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il suo reinserimento sociale. L'individualizzazione del trattamento è poi, come noto, perseguita dall'amministrazione penitenziaria per mezzo dell'osservazione scientifica della personalità. La cosiddetta 'equipe di osservazione', composta da personale dipendente dell'amministrazione (funzionari pedagogici, funzionari di servizio sociale, personale di polizia penitenziaria) e, se necessario, anche dai professionisti indicati nell'art. 80 dell'ordinamento penitenziario (esperti di psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, mediatori culturali), è tenuta a stilare, entro un termine di sei mesi dall'avvio della misura restrittiva (art. 13, co. 4 O.P.), la prima formulazione del 'programma del trattamento', che dovrà essere poi integrato e modificato in base alle esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione della pena. L'elaborazione del programma di trattamento e il suo aggiornamento costituiscono pertanto momenti centrali per il percorso rieducativo del soggetto, dal momento che sono indispensabili per fornire al giudice di sorveglianza gli elementi necessari per valutare l'eventuale concessione al detenuto dei benefici e delle misure alternative. Per questo motivo, eventuali assenze o ritardi nell'attività di osservazione si traducono in una concreta lesione del diritto del detenuto a ricevere un trattamento conforme ai parametri costituzionali; lesione che, quindi, deve poter trovare immediata tutela per mezzo del nuovo reclamo giurisdizionale.

<sup>52</sup> Art. 1, co. 3 O.P.: "Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale, ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati".

<sup>53</sup> In tal senso, L. Violi (2020) "Il trattamento penitenziario", in P. Balducci, A. Macrillò (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, pp. 675-762.



La cosiddetta ‘*equipe* di osservazione’, composta da personale dipendente dell'amministrazione (funzionari pedagogici, funzionari di servizio sociale, personale di polizia penitenziaria) e, se necessario, anche dai professionisti indicati nell'art. 80 dell'ordinamento penitenziario (esperti di psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, mediatori culturali), è tenuta a stilare, entro un termine di sei mesi dall'avvio della misura restrittiva (art. 13, co. 4 O.P.), la prima formulazione del ‘programma del trattamento’, che dovrà essere poi integrato e modificato in base alle esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione della pena.

L'elaborazione del programma di trattamento e il suo aggiornamento costituiscono pertanto momenti centrali per il percorso rieducativo del soggetto, dal momento che sono indispensabili per fornire al giudice di sorveglianza gli elementi necessari per valutare l'eventuale concessione al detenuto dei benefici e delle misure alternative. Per questo motivo, eventuali assenze o ritardi nell'attività di osservazione si traducono in una concreta lesione del diritto del detenuto a ricevere un trattamento conforme ai parametri costituzionali; lesione che, quindi, deve poter trovare immediata tutela per mezzo del nuovo reclamo giurisdizionale.

Su questo punto sembra concordare il Magistrato di sorveglianza di Firenze nella decisione del reclamo in esame. A prescindere dall'esito del procedimento, che come vedremo si conclude con un rigetto della domanda del ricorrente, dalla modalità con cui il giudice affronta la questione prospettata gli si può desumere, seppur implicitamente, il riconoscimento in capo al detenuto della titolarità e tutelabilità del diritto al trattamento. Il giudice, in effetti, in questo caso – a differenza degli altri che abbiamo in precedenza esaminato – valuta compiutamente il merito della questione, al fine di verificare se al detenuto siano state dedicate attenzioni sufficienti da parte del personale pedagogico. Dall'istruttoria svolta emerge che il reclamante era soggetto noto ai funzionari giuridico-pedagogici, dal momento che sia l'educatore che la psicologa avevano effettuato con lui “lunghe colloqui, il cui rilevante numero è desumibile dalla consultazione della piattaforma AFIS”; risultava inoltre che la psicologa, dal dicembre 2015 al gennaio 2017, avesse stilato sul ricorrente ben quattro relazioni, nelle quali “si dà conto in modo

approfondito dei vari aspetti della personalità del soggetto con riferimento, tra l'altro agli aspetti della revisione critica, dei tratti del carattere e delle modalità di relazione con gli operatori penitenziari". Alla luce di ciò il giudice conclude che:

Seppur siano notorie le difficoltà in cui versano le carceri italiane, anche in relazione ai profili denunciati nel ricorso, al ricorrente è stata tuttavia assicurata, nei limiti del possibile, una particolare attenzione da parte dei vari operatori penitenziari.

Il fatto che in questo specifico caso il ricorso sia stato respinto dopo aver verificato la tipologia e la frequenza degli interventi di supporto al detenuto ci fa *a contrariis* ritenere verosimile che, ove si fosse accertata l'insufficienza degli interventi del personale giuridico-pedagogico rispetto alle esigenze trattamentali del recluso, il giudice non avrebbe esitato a concludere per la sussistenza di un grave e attuale pregiudizio all'esercizio del diritto al trattamento rieducativo.

## 6. Il rimedio compensativo: dalla teoria alla prassi

Quanto all'ambito di applicazione del rimedio compensativo, il legislatore circoscrive il risarcimento del danno ai casi in cui il detenuto abbia subito un pregiudizio "di cui all'art. 69, comma 6, lett. b)", che consista in "condizioni detentive tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...), come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo". In altre parole, il detenuto ha diritto al compenso ogni volta in cui sia stato ristretto in una condizione che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia ritenuto idonea ad integrare i caratteri della tortura o del trattamento inumano o degradante vietati dall'art. 3 della CEDU.

In forza del rinvio operato dall'art. 35-ter alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – rinvio peraltro assolutamente innovativo per un ordinamento di *civil law* – i magistrati di sorveglianza si sono così trovati a doversi confrontare con il vasto panorama di



pronunce della Corte di Strasburgo sull'art. 3 della CEDU. La mancata previsione di un confine chiaro che consentisse agli organi di sorveglianza di orientarsi nel confronto con la giurisprudenza europea ha suscitato un certo sconcerto. Il legislatore, è stato detto in dottrina, aveva in mente un “giudice impossibile”<sup>54</sup>: basti pensare che dal 1959 al 2018 la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 3 della Convenzione in 2.252 casi con riferimento ai trattamenti inumani o degradanti e in 152 casi per la violazione del divieto di tortura<sup>55</sup>. Chi potrebbe, verosimilmente, riuscire a confrontarsi con un panorama giurisprudenziale così vasto?

In assenza di una chiara presa di posizione da parte del legislatore, è stata la Corte costituzionale a tentare di indirizzare il giudice nel confronto con la giurisprudenza europea. Con la sentenza n. 49 del 2015<sup>56</sup>, la Consulta ha elaborato la nozione di ‘giurisprudenza consolidata’, a fronte della quale il giudice italiano sarebbe tenuto a porre a fondamento del proprio percorso argomentativo il solo diritto che sia espressivo di un orientamento consolidato. Nonostante le preziose indicazioni della Consulta – che al paragrafo 7 individuava alcuni indici per aiutare il giudice nella ricerca del diritto consolidato<sup>57</sup> – tale

<sup>54</sup> D. Galliani (2018), cit., p. 81: “Il legislatore aveva in mente un giudice impossibile. Ed il problema è che, anche se non è questo che aveva in mente, è quello che ha scritto nell'art. 35-ter: il giudice dispone il rimedio se riscontra una violazione dell'art. 2 della Convenzione come interpretato dalla Corte di Strasburgo”.

<sup>55</sup> Le statistiche sono consultabili nella sezione *Statistics* del sito della Corte europea dei diritti dell'Uomo, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>56</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Rivista di Diritto internazionale* 2015, 3, 1022. Sul punto si veda F. Viganò (2015) “La Consulta e la Tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Crisculo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione”, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 2, pp. 333-343.

<sup>57</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., §7: “Sono indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto.”.



criterio si è rivelato, all'atto pratico, inadeguato. Le sentenze dei giudici di Strasburgo dispongono infatti per il caso concreto, dando vita ad una giurisprudenza che si costruisce con metodo casistico e in cui non esistono precedenti più vincolanti di altri: "vincolante per la Corte è ritenuto ogni suo precedente, se pertinente al caso da decidere"<sup>58</sup>. Secondo Zagrebelsky, l'operazione di ricerca di orientamenti consolidati e l'individuazione degli indici attraverso i quali pesare la forza dei precedenti è, proprio perché non esistono precedenti astrattamente più vincolanti di altri, una operazione inutile. Ciò che, invece, appare utile, ed anzi indispensabile, è "valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere"<sup>59</sup>.

### 6.1. L'art. 3 della CEDU e la giurisprudenza europea

L'ambito di applicazione del rimedio compensativo è, come si è visto, legato a doppio filo con la giurisprudenza europea sull'art. 3 della CEDU, disposizione che rappresenta il principale fulcro dell'evoluzione giuridica in materia di tutela dei diritti dei detenuti. Merita dunque ripercorrere brevemente le tappe principali della giurisprudenza della Corte europea in materia di trattamenti inumani o degradanti.

Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani e degradanti ha carattere assoluto<sup>60</sup> ed è stato definito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come "un principio fondamentale delle società democratiche"<sup>61</sup>. I termini generali utilizzati dalla norma per indicare le condotte vietate hanno consentito ai giudici europei di estendere la portata del divieto, rafforzando

---

<sup>58</sup> V. Zagrebelsky (2015) "Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione", *Osservatorio costituzionale AIC*, 18 maggio 2015, consultabile al seguente indirizzo: [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Zagrebelsky%202.2015\\_.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Zagrebelsky%202.2015_.pdf)

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 7.

<sup>60</sup> La sua inderogabilità, prevista espressamente dall'art. 15 della Convenzione EDU, è stata ribadita dalla giurisprudenza europea ed implica l'impossibilità di operare un qualsiasi bilanciamento tra i valori tutelati da tale disposizione e "altri valori od obiettivi generali pur meritevoli di tutela da parte degli Stati contraenti". Si veda S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (2012) *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam.

<sup>61</sup> Espressione utilizzata per la prima volta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Soering c. Regno Unito*, sentenza del 07/07/1989, riferimento n. 14038/88, §88.



progressivamente la tutela offerta dall'articolo. La stessa definizione di 'tortura' è mutata nel tempo: se, infatti, originariamente, era circoscritta ad ogni forma di maltrattamento deliberatamente volto ad infliggere sofferenze fisiche particolarmente gravi<sup>62</sup>, si è successivamente ampliata fino ricomprendere anche ogni maltrattamento idoneo a provocare danni psichici, sulla base del presupposto che l'integrità dell'individuo, protetta dal divieto, non si identifica solo con il profilo fisico, ma anche con quello psicologico<sup>63</sup>.

Per individuare e distinguere le condotte vietate dall'art. 3 della Convenzione, centrale è il concetto di 'gravità' della violazione, utilizzato dai giudici europei sia come limite esterno che come limite interno del divieto, che consente di ordinare le condotte vietate dalla più grave (tortura) alla meno grave (trattamento o pena degradante)<sup>64</sup>. La Corte di Strasburgo, fin dalle prime applicazioni della norma in esame, ha escluso che ogni maltrattamento integrasse una violazione del divieto, ritenendo a tal fine necessario che questo superasse una 'soglia minima di gravità', da valutarsi alla luce degli elementi oggettivi e soggettivi del caso concreto.

Invero, a prescindere dal tentativo di definire le condotte menzionate dalla norma convenzionale, e soprattutto grazie al concetto di 'dignità umana' utilizzato per la prima volta in riferimento all'art. 3 CEDU, nel 1978 nel caso *Tyrer c. Regno Unito*<sup>65</sup>, la Corte di Strasburgo è andata oltre il mero significato letterale della disposizione, ampliando l'ambito applicativo del divieto fino a ricomprendervi ogni atto o comportamento idoneo a ledere la dignità dell'uomo<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> La Corte di Strasburgo nella pronuncia *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 1978, n. 5310/71, tenta di individuare un confine tra le diverse tipologie di condotte vietate dall'art. 3 CEDU. In particolare, al §167 afferma che: "(...) it appears on the other hand that it was the intention that the Convention, with its distinction between torture and inhuman or degrading treatment, should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering".

<sup>63</sup> Nella sentenza *Tomasi c. Francia* del 27.08.1992, ricorso n. 12850/87, i giudici della Corte hanno voluto ribadire che l'art. 3 tutela l'integrità della persona privata della libertà a prescindere che questa sia stata lesa nel corpo o nella mente, segnando una rottura con la precedente giurisprudenza.

<sup>64</sup> A. Cassese (1993) "Prohibition of Torture ad Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", in R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, Leda, Brill, pp. 231-289.

<sup>65</sup> *Tyrer c. Regno Unito*, sentenza del 25.04.1978, ricorso n. 5856/72.

<sup>66</sup> D. Galliani (2016) "'È più facile perdonare un nemico che un amico'. La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano", in P. P. de Albuquerque (a cura di), *I*



È con la sentenza Kudla c. Polonia<sup>67</sup> dell'ottobre del 2000 che la Corte chiarisce per la prima volta che l'art. 3 della CEDU impone a ciascuno Stato l'obbligo di assicurare che la persona sia detenuta in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana ed elabora l'argomento della soglia minima di gravità in virtù del quale i trattamenti e le condizioni detentive, per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 3 devono raggiungere un livello minimo di gravità che superi quel grado di sofferenza connesso inevitabilmente alla detenzione<sup>68</sup>. Da tale obbligo positivo sono poi discesi una serie di importanti corollari riguardanti le condizioni di detenzione. I giudici europei hanno infatti iniziato ad osservare attraverso la lente della dignità umana i singoli aspetti della vita detentiva<sup>69</sup>, tra cui le condizioni igieniche delle strutture penitenziarie, la areazione e illuminazione delle celle<sup>70</sup>, la quantità e la qualità delle ore d'aria, i trasferimenti da un istituto penitenziario ad un altro<sup>71</sup>, l'isolamento<sup>72</sup>, le perquisizioni<sup>73</sup>, il sovraffollamento e lo spazio disponibile all'interno delle celle<sup>74</sup>. La Corte europea ha così gradualmente delineato la nozione di trattamento inumano e degradante, ampliandone a poco a poco i confini, fino a ricomprendervi, volendo fare un esempio, anche la pratica della rasatura dei capelli del detenuto<sup>75</sup>, o l'uso ingiustificato delle manette durante la permanenza nell'istituto penitenziario<sup>76</sup>.

---

*diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino, Giappichelli, pp. 5-40. In particolare, a p. 25 si legge che: "Dentro l'art. 3 della Convenzione può esserci di tutto e veramente si trova di tutto (...). Quando pensiamo all'articolo 3 della Convenzione è come se pensassimo all'art. 2 della Convenzione, in entrambi i casi possiamo leggerle come disposizioni che implicitamente tutelano la dignità umana".

<sup>67</sup> Kudla c. Polonia, Grande Camera, sentenza del 26/10/2000, n. 30210/96, § 94

<sup>68</sup> *Ivi*, §§92-94.

<sup>69</sup> I principali casi di violazione riscontrati a fronte di un trattamento inumano e degradante nei confronti di un detenuto sono raggruppati, per argomenti, dalla stessa Corte nei *factsheets*, consultabili all'indirizzo: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets>.

<sup>70</sup> Peers c. Grecia, sentenza del 19/04/2001, n. 2852/95; Babushkin c. Russia, sentenza del 18/10/2007, ricorso n. 67253/01; Vlassov c. Russia, 12/06/2008, ricorso n. 78146/01.

<sup>71</sup> Khider c. Francia, 1/10/2013, ricorso n. 56054/12.

<sup>72</sup> Ilascu e altri c. Moldavia e Russia, 8/07/2004, ricorso n. 48787/99.

<sup>73</sup> Valasinas c. Lituania, 24/07/2001, ricorso n. 44558/98.

<sup>74</sup> Torreggiani c. Italia, cit.; Sulejmanovic c. Italia, 16/07/2009, ricorso n. 22635/03; Orchowski c. Polonia, 22/10/2009, ricorso n. 17885/04; Muršič c. Croazia, Grande Camera, 20/10/2016, ricorso n. 7334/13.

<sup>75</sup> Yankov c. Bulgaria, 11/12/2003, ricorso n. 39084/97, §§112-113.

<sup>76</sup> Kashavelov c. Russia, 20/01/2011, ricorso n. 891/05, §§38-40.



I giudici alsaziani, interpretando estensivamente la nozione di trattamento inumano e degradante, hanno di fatto ampliato anche l'orizzonte dei pregiudizi risarcibili da parte dei giudici di sorveglianza: ogni comportamento o condizione detentiva incompatibile con la dignità umana è potenzialmente passibile di essere risarcito per mezzo del nuovo art. 35-ter O.P.

L'analisi della prassi applicativa del rimedio compensativo ci mostra, tuttavia, il drastico ridimensionamento che questo istituto ha subito al momento della sua concreta applicazione. L'effettiva tutela ottenibile da parte del ricorrente per mezzo del nuovo rimedio è stata enormemente più contenuta poiché limitata a indagini inerenti la disponibilità di spazio all'interno della cella. I giudici, aditi per valutare il rispetto della dignità dell'uomo, hanno finito per focalizzare la propria attenzione sulla sola questione del sovraffollamento carcerario facendo dipendere l'accoglimento o il rigetto dell'istanza dal risultato di astratte operazioni di calcolo dei metri quadrati disponibili in cella, piuttosto che da valutazioni concrete sulle condizioni detentive subite dal ricorrente.

## 6.2. La giurisprudenza europea in materia di sovraffollamento

Nell'analisi delle ordinanze in materia di rimedio risarcitorio si è ritenuto opportuno distinguere due fasi dell'applicazione dell'art. 35-ter: la prima, decorrente dall'entrata in vigore del rimedio fino alla decisione della Grande Camera della Corte EDU nella sentenza *Muršič c. Croazia* e la seconda che, a far data da questo momento, giunge fino ad oggi. Il motivo per il quale si è scelto di attribuire a tale sentenza il ruolo di spartiacque tra i due periodi applicativi, risiede nel carattere innovativo di questa pronuncia, che imprime una svolta significativa alla attività di accertamento della violazione della Convenzione, soprattutto per quanto concerne il ruolo da attribuire al parametro spaziale dei 3 metri quadrati nella valutazione della soglia minima di gravità del pregiudizio risarcibile.

Prima della decisione sul caso *Muršič c. Croazia*, la Corte europea conferiva al mancato rispetto dello standard spaziale minimo di 3 metri quadri pro capite, il valore di presunzione 'assoluta' di violazione dell'art. 3 CEDU. Questo orientamento, inaugurato con



la pronuncia *Sulejmanovic c. Italia*<sup>77</sup> del luglio del 2009 con cui la Corte europea condannava per la prima volta l'Italia a causa del sovraffollamento carcerario<sup>78</sup>, non è tuttavia riuscito a consolidarsi, lasciando presto il passo ad una diversa impostazione che attribuisce alla circostanza che il detenuto sia stato ristretto in uno spazio inferiore a 3 mq valore di presunzione solo 'relativa' di violazione della Convenzione.

Questa seconda interpretazione (anche nota come *minimalist approach*<sup>79</sup>) ritiene che la disponibilità di uno spazio inferiore ai 3 metri quadri pro capite non possa comportare automaticamente l'accertamento di una violazione della Convenzione, ma soltanto una forte presunzione di violazione, superabile dallo Stato con la prova della sussistenza di elementi idonei a compensarla. Il *leading case* di tale orientamento è rappresentato dalla Grande Camera *Ananyev c. Russia*<sup>80</sup>, in cui la Corte europea ha elaborato quello che è stato definito l'*Ananyev test*, individuando, in concreto, gli elementi che devono essere contestualmente soddisfatti per garantire la compatibilità delle condizioni detentive con il rispetto della dignità dell'uomo:

---

<sup>77</sup> *Sulejmanovic c. Italia*, cit. Lo standard spaziale dei 3 metri quadrati viene ricostruito dai giudici alsaziani a partire dalla analisi della giurisprudenza europea in materia di sovraffollamento. In particolare, i giudici osservano che le pronunce in cui la Corte aveva giudicato la carenza di spazio personale talmente grave da giustificare, da sola, la violazione dell'art. 3 della CEDU, erano tutte accomunate dalla circostanza che i detenuti avevano avuto a disposizione meno di 3 mq di spazio<sup>77</sup>; invece, nei casi in cui il detenuto aveva avuto a disposizione uno spazio variabile dai 3 ai 4 mq, la Corte aveva ritenuto l'elemento spaziale insufficiente a fondare una violazione della Convenzione, e aveva quindi tenuto conto di altri aspetti che, sommati alla carenza di spazio, potevano integrare un trattamento inumano e degradante.

<sup>78</sup> M. Bortolato (2009) "Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti", *Questione Giustizia*, 5, 111-121. Nello stesso senso anche A. Tamietti, M. Fiori, F. De Santis, D. Ranalli, V. Ledri (2013) "Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Torreggiani e altri*", *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 54-55.

<sup>79</sup> Questa espressione è utilizzata dal giudice Sicilianos il quale, nella *dissenting opinion* alla sentenza della sezione I della Corte EDU nel caso *Muršič c. Croazia*, ricostruisce i diversi orientamenti della Corte in tale materia collocandoli lungo una linea che va da un *minimalist approach* ad un *maximalist approach*, adottato in alcune pronunce contro la Romania (*Apostu c. Romania*, 3 febbraio 2015, §79), in cui la Corte aveva ritenuto sufficiente a integrare una violazione dell'art. 3 CEDU l'accertamento della disponibilità da parte del detenuto di uno spazio inferiore a 4 mq.

<sup>80</sup> *Ananyev e altri c. Russia*, 10/01/2012, ricorso n. 42525/07 e 60800/08. Per un commento si veda, D. Ranalli (2014) "Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento", *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 155-173.



(a) ogni detenuto deve avere a disposizione un letto individuale; (b) ogni detenuto deve avere a disposizione almeno tre metri quadri di superficie calpestabile; (c) la superficie totale della cella deve essere tale da consentire ai detenuti di muoversi liberamente intorno ai mobili all'interno della cella.

Il mancato rispetto di uno di questi elementi non determina automaticamente la violazione della CEDU, bensì “fa sorgere una forte presunzione che le condizioni detentive integrino un trattamento inumano e degradante”. La Corte considera quindi la disponibilità di uno spazio inferiore a 3 metri quadri non come elemento di per sé sufficiente a fondare una violazione della Convenzione ma come una delle condizioni che devono essere, a tal fine, contestualmente valutate. In questo modo i giudici di Strasburgo attribuiscono alla valutazione in ordine alla violazione della CEDU un carattere non più assoluto, ma relativo, così come il giudice Zagrebelsky aveva auspicato nella sua opinione dissenziente alla sentenza Sulejmanovic, laddove aveva ritenuto il solo criterio spaziale di per sé insufficiente ad integrare una violazione dell'art. 3 della CEDU, sul presupposto che tale valutazione è relativa e “dipende dall'insieme degli elementi della causa, in particolare dalla durata del maltrattamento, dalle conseguenze psicofisiche che ha cagionato, nonché, talvolta, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima”.

L'impostazione sostenuta dal giudice Zagrebelsky è stata poi ripresa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo che, chiamata a pronunciarsi sul caso *Muršič c. Croazia*<sup>81</sup>, conclude per l'assenza di violazione dell'art. 3 della Convenzione, pur in presenza di uno spazio detentivo inferiore ai tre metri quadri. In tale pronuncia, la Corte EDU, dopo aver riconosciuto di essersi avvalsa di orientamenti non uniformi, esprime la volontà di giungere ad una definitiva armonizzazione della materia e, a tal fine, osserva come, in base alla propria giurisprudenza consolidata, la valutazione del livello minimo di gravità non può essere imprigionata in presunzioni assolute, dovendo piuttosto dipendere da “tutte le circostanze del

<sup>81</sup> *Muršič c. Croazia*, Grande Camera, cit. Per un commento si veda F. Fiorentin (2015) “Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento ‘multifattoriale’ e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, *Muršič c. Croazia*”, *Archivio Penale Web*, 3, consultabile all'indirizzo: <https://archiviopenale.it/carceri-pene-inumane-e-degradanti--corte-eur-dir-uomo-sez-i-12-marzo-2015-mursic-c-croazia-con-nota-di-f-fiorentin/contenuti/4889>; F. Picozzi, A. Albano (2015) “Prime osservazioni sulla sentenza 20 ottobre 2016 della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Muršič c. Croazia*: un caso icastico”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 19(3), 149-169.



caso, come la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima"<sup>82</sup>. Solo un esame completo delle condizioni di detenzione permette di comprendere la realtà quotidiana dei detenuti, per questo tale valutazione "non può (...) ridursi a un calcolo del numero di metri quadri assegnati al detenuto"<sup>83</sup>.

Nei casi in cui risulti che il ricorrente sia stato detenuto in uno spazio inferiore alla soglia minima dei 3 metri quadri, sul Governo convenuto incombe l'onere di dimostrare che sussistano quegli elementi individuati dalla Corte come idonei a compensare la carenza di spazio personale e, quindi, a vincere la forte presunzione di violazione della Convenzione. La Corte individua i fattori in grado di compensare la mancanza di spazio personale, in tre condizioni che devono essere cumulativamente rispettate: *i*) la permanenza in celle dallo spazio ristretto deve essere breve, occasionale e di modesta entità; *ii*) devono essere garantite una sufficiente libertà di movimento e lo svolgimento di adeguate attività, entrambe al di fuori della cella; *iii*) la struttura complessiva deve essere adeguata, non dovendo sussistere altri aspetti che aggravino le condizioni di detenzione del ricorrente<sup>84</sup>.

Nel caso in cui, invece, il detenuto abbia a disposizione uno spazio compreso tra i 3 e i quattro metri quadri, per integrare una violazione dell'articolo 3 CEDU è necessario che il dato spaziale sia accompagnato da altre cattive condizioni materiali di detenzione, "in particolare la mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, la cattiva aereazione, una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, un'assenza di riservatezza nelle *toilette* o delle cattive condizioni sanitarie e igieniche"<sup>85</sup>.

Tale decisione ha suscitato, nella dottrina italiana, opinioni contrastanti. La presunzione assoluta di violazione della Convenzione in caso di detenzione al di sotto dei tre

---

<sup>82</sup> Muršič c. Croazia, Grande Camera, cit., §97.

<sup>83</sup> *Ivi*, §123.

<sup>84</sup> Muršič c. Croazia, Grande Camera, cit., §138. "Le riduzioni dello spazio personale in rapporto al minimo obbligatorio di 3 metri quadri sono brevi, occasionali e minori; si accompagnano a una libertà di movimento sufficiente fuori della cella e ad attività fuori cella adeguate; il ricorrente è recluso in un istituto che offre, in linea generale, delle condizioni di detenzione dignitose e non è sottoposto ad altri elementi ritenuti circostanze aggravanti delle cattive condizioni di detenzione".

<sup>85</sup> *Ivi*, §152.



metri quadri, aveva consegnato ai giudici di sorveglianza italiani un criterio geometrico certo per valutare la sussistenza di un trattamento inumano o degradante. Se ciò, da un lato, aveva aperto la strada a valutazioni eccessivamente schematiche, incentrate sul solo elemento spaziale (sotto i tre metri quadri, la violazione sussiste, sopra i tre metri quadri, non sussiste), aveva anche avuto il pregio di fissare una soglia al di sotto della quale il ristoro doveva essere necessariamente corrisposto. In questo contesto, l'abbandono della presunzione assoluta di violazione della CEDU, pur ponendo le condizioni per portare l'attività di accertamento della gravità del pregiudizio ad una dimensione non più incentrata solo su valutazioni della metratura della cella, rischiava di essere letta come un pretesto per ridurre ulteriormente le ipotesi di accoglimento dei reclami, anche nei casi di detenzione in spazi inferiori ai tre metri quadri<sup>86</sup>.

Distinguendo le due fasi di applicazione del rimedio compensativo, è stato dunque possibile comprendere quale sia stato l'impatto della sentenza europea sulla giurisprudenza interna e se questa, all'atto pratico, abbia determinato una progressione o una involuzione sul piano della tutela dei diritti del detenuto.

### 6.3. Il primo approccio della giurisprudenza fiorentina all'art. 35-ter

Nei primi mesi di vigenza del reclamo si assiste, in linea con quanto accade a livello nazionale<sup>87</sup>, ad una vera e propria 'corsa alle armi' da parte dei detenuti, determinati ad utilizzare lo strumento che avrebbe dovuto compensare le sofferenze ingiustamente subite durante la detenzione. La maggior parte delle istanze presentate nei primi due anni di vigenza dell'istituto è tuttavia andata incontro ad una pronuncia di rito: il 32% dei procedimenti si è

<sup>86</sup> In tal senso si veda l'intervento di parte terza presentato dall'associazione L'Altro diritto Onlus alla Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Muršič c. Croazia, consultabile all'indirizzo: <http://www.adir.unifi.it/odv/sportello/tpi/mursic-it.pdf>, in cui al §11 si legge che: "In questa prospettiva si comprende la logica della relativizzazione del criterio spaziale operata dal ragionamento della sentenza Muršič. Allo stesso tempo siamo molto preoccupati che questo approccio non sia letto in Italia, e forse in altri Stati membri, come un modo di ridurre il livello di protezione erodendo il contenuto del principio della forte presunzione".

<sup>87</sup> F. Fiorentin (2015) "L'effettività della tutela risarcitoria delle condizioni detentive contrarie all'art. 3 Cedu: riflessioni a margine di un'indagine del Ministero della giustizia sulla prima applicazione dell'art. 35-ter, l.n. 354/195", *Processo penale e giustizia*, 3, 150-157.



concluso con un ‘non luogo a procedere’<sup>88</sup>, il 27% con una declaratoria di inammissibilità<sup>89</sup>. Inoltre, nei casi in cui il giudice si è addentrato a valutare il merito della questione prospettata dal ricorrente<sup>90</sup>, il procedimento si è concluso con un rigetto 64 volte su 100.

Passando in rassegna le ordinanze, salta subito all’occhio la ‘semplificazione’ operata dai giudici che, aditi per valutare il rispetto della dignità dell’uomo, si sono concentrati sulla sola questione del sovraffollamento carcerario, facendo dipendere l’accoglimento o il rigetto dell’istanza dal risultato di astratte operazioni di calcolo dei metri quadrati disponibili in cella, piuttosto che da valutazioni concrete sulle condizioni detentive subite dal ricorrente. Ciò anche in quei casi in cui il ricorrente lamentava, nel ricorso, non tanto e non solo la carenza di spazio ma anche altri aspetti della vita detentiva non meno importanti, quali, ad esempio, l’insufficiente areazione e illuminazione delle celle, le condizioni igieniche, la quantità delle ore trascorse al loro interno.

Leggendo le ordinanze ci si rende presto conto che i provvedimenti di accoglimento coincidono – nella pressoché totalità dei casi – con vicende inerenti al mancato rispetto dello standard spaziale minimo dei tre metri quadri e le rare ipotesi in cui il reclamo è stato accolto nonostante l’avvenuto rispetto del parametro spaziale, non conseguono ad un oculato esame da parte del giudice della complessiva condizione detentiva del reclamante, bensì alla mancata contestazione da parte dell’amministrazione penitenziaria dei fatti allegati dal

---

<sup>88</sup> La pressoché totalità dei provvedimenti di non luogo a procedere ha trovato giustificazione nella avvenuta scarcerazione per fine pena del detenuto (64%) o nella concessione ad esso di una misura alternativa in un momento successivo alla presentazione dell’istanza (30%). Per giurisprudenza conforme dell’Ufficio, infatti, l’uscita del detenuto dal circuito carcerario doveva considerarsi idonea a ritenere la domanda “improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla riduzione della pena” e, conseguentemente, a radicare la competenza nelle mani del giudice civile.

<sup>89</sup> È interessante notare come nel 47% dei casi l’inammissibilità sia stata dichiarata in ragione della indeterminatezza e genericità delle domande. Nel redigere personalmente i propri ricorsi, i detenuti, soprattutto nel periodo di prima applicazione del rimedio, omettevano l’indicazione di alcune informazioni rilevanti ai fini della decisione e, talvolta, rivolgevano al Magistrato di sorveglianza una generica richiesta di ‘sconto di pena’, senza indicare né gli istituti penitenziari né i periodi in cui ritenevano di aver subito il pregiudizio.

<sup>90</sup> Solo nel 36% dei casi tuttavia il giudice ha valutato nel merito la questione prospettata dal ricorrente.



ricorrente<sup>91</sup>. Le ordinanze esaminate seguono il medesimo schema decisorio: il giudice dopo aver puntualmente calcolato lo spazio disponibile all'interno della cella, passa frettolosamente in rassegna le ulteriori doglianze del ricorrente, contrapponendovi informazioni sulle condizioni generali e sulle attività astrattamente offerte dall'istituto ricavate dai prospetti analitici trasmessi dall'amministrazione penitenziaria. Nella ordinanza n. 8897 del 2014 si legge, ad esempio, che:

Quanto alle 'doglianze' – di per sé assai generiche e comunque non riscontrabili siccome non circoscritte e puntuali – di vedere poco l'educatore, piuttosto che di non potere tener colloqui quotidiani o, infine, di riferite carenze igienico-sanitarie, all'evidenza non costituiscono (a prescindere dalla loro fondatezza in fatto) elementi tali da integrare il concetto di detenzione umanamente degradante<sup>92</sup>.

O ancora, nell'ordinanza n. 8555 del 2014, il giudice, dopo aver richiamato i precisi e gravi motivi di reclamo allegati dal detenuto (quali, *ex multis* l'insufficiente areazione e illuminazione, la carenza dell'impianto termo-idraulico dell'istituto, l'intollerabilità delle condizioni igieniche, a causa della presenza di scarafaggi, zecche, acari della scabbia, escrementi e nidi di piccione nel terrazzino; la fatiscenza delle docce comuni, pervase dalla muffa e soggette ad allagamento; l'inadeguatezza dei locali per la fruizione delle ore d'aria), una volta accertato il rispetto dello standard spaziale, si limita ad osservare, relativamente agli altri elementi allegati, come:

Pur non essendo prive di rilevanza le doglianze rappresentate nel ricorso e sopra elencate ai punti 2. (illuminazione e aerazione), 3. (riscaldamento), 4. e 5. (igiene), 6. (ore d'aria), l'Istituto Penitenziario fiorentino vi ha contrapposto spiegazioni e chiarimenti che, pur non essendo sempre singolarmente sufficienti a vincere le contestazioni mosse, contribuiscono nel loro insieme a fornire un quadro più completo della situazione carceraria vissuta dal reclamante, che nel periodo interessato si è trovato senz'altro a

<sup>91</sup> L'Ufficio di Sorveglianza di Firenze ha infatti adottato un virtuoso indirizzo giurisprudenziale che, alla luce del principio di non contestazione, ritiene provati i fatti allegati dal ricorrente non contestati dall'amministrazione penitenziaria.

<sup>92</sup> In tal senso, Ord. n. 9717/2014 UDS Firenze.



vivere dei disagi, anche importanti, ma non tali da integrare gli estremi del trattamento inumano e degradante, avendo potuto sempre fruire di un sufficiente spazio vitale minimo, di un considerevole numero di ore all'esterno della cella, di condizioni igieniche non ottimali ma accettabili, di un congruo ventaglio di offerte lavorative, culturali, formative, ricreative e sportive, ad alcune delle quali lo stesso ha peraltro partecipato in misura non trascurabile<sup>93</sup>.

Non si comprende in che modo il ‘quadro completo’ della situazione carceraria vissuta dal reclamante possa essere ricostruito per mezzo delle sole informazioni contenute nei prospetti analitici trasmesse dal carcere (informazioni che, per espressa ammissione del giudice, non sono sempre “singolarmente sufficienti a vincere le contestazioni mosse”). Dato il loro contenuto generico e standardizzato, le relazioni dell’amministrazione penitenziaria, possono essere tutt’al più utili per delineare le condizioni generali dell’istituto ma non sono di certo sufficienti per conoscere la concreta situazione carceraria e dunque il grado di gravità della violazione subita dal ricorrente. Per comprendere se il pregiudizio lamentato dall’istante violi o meno l’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il giudice deve disporre di una serie di informazioni ulteriori ricavate al termine di un’indagine più approfondita che passi attraverso un più ampio esercizio dei suoi poteri probatori. In altre parole, per escludere la sussistenza di trattamento inumano e degradante non può essere sufficiente constatare come, dalla relazione trasmessa dalla amministrazione penitenziaria, emerga che l’istituto offre un “congruo ventaglio di offerte lavorative, culturali, formative, ricreative e sportive”, essendo indispensabile che il giudice accerti se, per quanto tempo e a quali di queste attività l’istante abbia in concreto potuto prendere parte. Solo in questo modo l’organo giudicante potrà disporre del “quadro completo della situazione carceraria vissuta dal reclamante”, la cui conoscenza è il necessario punto di partenza di ogni valutazione in ordine alla sussistenza o meno di un trattamento lesivo della dignità umana.

---

<sup>93</sup> Ord. n. 8555/2014 UDS Firenze.



#### 6.4. La giurisprudenza successiva alla sentenza della Corte EDU nel caso Muršič c. Croazia

La tendenza dei giudici ad appiattare la valutazione della gravità del pregiudizio sul solo elemento spaziale trova purtroppo conferma anche nel periodo applicativo del rimedio successivo alla pronuncia nel caso Muršič c. Croazia. Si è detto come l'abbandono della presunzione assoluta di violazione della CEDU avesse posto le condizioni per portare la valutazione dei giudici su un piano più alto e onnicomprensivo che non si limitasse a indagini relative alla metratura della cella. Allo stesso tempo, come è stato giustamente osservato in dottrina, l'abbandono della presunzione assoluta di violazione della CEDU nel caso di spazio inferiore ai 3 metri quadri, rischiava di essere letta dai giudici come un espediente per restringere ulteriormente la tutela della dignità e dei diritti dei detenuti. L'analisi condotta sui provvedimenti della sorveglianza fiorentina sembra purtroppo confermare tale timore.

Invero, nonostante emerga nelle ordinanze la volontà dei giudici di adeguarsi al recente orientamento giurisprudenziale europeo e la consapevolezza circa la necessità di procedere ad un'analisi complessiva delle condizioni detentive subite dal ricorrente, nei fatti tale indagine si riduce illogicamente, ancora una volta, ad una assertiva trasposizione delle informazioni contenute nella relazione dell'amministrazione penitenziaria. Nell'ordinanza n. 10047 del 2016, ad esempio, il giudice, dopo aver premesso che il condannato ha proposto reclamo deducendo di aver avuto uno spazio ridotto e poche occasioni di risocializzazione e, dopo aver precisato di volersi conformare ai principi espressi nel caso Muršič, rigetta l'istanza in quanto:

Dalla relazione proveniente dal carcere di Sollicciano si evince che il condannato è stato assegnato a celle aventi la superficie (esclusa quella del locale adibito ai servizi igienici) di metri quadrati 12 e di metri quadrati 25 (sempre esclusa la superficie del bagno); che tali celle sono state occupate nel primo caso da non più di tre persone e, nel secondo caso, da non più di 6 persone di talché la superficie disponibile pro capite è sempre risultata superiore al limite minimo di tre metri quadrati e che il condannato ha avuto la possibilità di trascorrere fuori dalla propria cella un adeguato numero di ore.



Nella stessa direzione si ascrive l'ordinanza n. 3483 del 2017. In questo caso l'interessata lamentava di essere stata ristretta in cella in uno spazio oscillante tra i tre e i quattro metri quadri, insufficientemente areata e illuminata, in presenza di cattive condizioni igieniche, allegando inoltre la violazione della *privacy*. Il giudice, dopo aver accertato che “nel periodo peggiore” la detenuta aveva avuto uno spazio “di poco superiore ai tre metri quadri”, e che “tra passeggi, socialità, attività, scuola e attività di formazione la detenuta ha potuto trascorrere molte ore al giorno fuori dalla cella”, cassa le ulteriori allegazioni, affermando che:

Tutte le restanti lamentele dell'interessato (poca luce naturale ed aria, cattive condizioni igienico-sanitarie, carenze in materia di sicurezza e tutela della *privacy*) sono state negate dalla relazione dell'amministrazione penitenziaria che riferisce di buone condizioni igieniche generali, dotazione regolare di acqua fredda e calda, illuminazione ed areazione corrette, riscaldamento adeguato.

Così come accadeva prima della sentenza Muršič c. Croazia il giudice, dopo accertato il rispetto del parametro dei tre metri quadri, affronta le ulteriori doglianze del ricorrente in maniera sommaria e frettolosa. La superficialità di tale valutazione è facilmente percepibile dall'utilizzo degli aggettivi indefiniti (“adeguato numero di ore”, “riscaldamento adeguato”) inidonei a fornire indicazioni concrete sulla situazione carceraria vissuta dal reclamante: dire che il numero delle ore trascorse fuori dalla cella è ‘adeguato’ non è sufficiente ad escludere il superamento del livello minimo di gravità necessario per integrare la violazione, essendo a tal fine indispensabile comprendere per quante ore e per quali attività al detenuto sia stato consentito di uscire dalla cella.

Dunque, nonostante il teorico riconoscimento da parte dei giudici della pari dignità di tutti gli elementi detentivi da analizzare contestualmente al fine di escludere la sussistenza della violazione dell'art. 3 della CEDU, nella prassi i Magistrati di sorveglianza non riescono ad abbandonare il paradigma spazio-centrico che aveva caratterizzato gli anni di prima applicazione del rimedio compensativo. A ben vedere, la stessa discrepanza tra la teoria e la



pratica si coglie dall'utilizzo distorto o quantomeno semplicistico che, nei casi di detenzione in spazio inferiore ai tre metri quadri, i Magistrati di sorveglianza hanno fatto degli elementi compensativi, necessari per vincere la presunzione di violazione dell'art. 3 della Convenzione. Giova ricordare come la sentenza Muršič c. Croazia sul punto avesse espressamente previsto che la forte presunzione di violazione della Convenzione – sussistente in caso di detenzione in uno spazio inferiore a tre metri quadri – potesse essere superata solo con la prova della contestuale sussistenza di tutti gli elementi compensativi, da valutarsi alla luce della concreta situazione detentiva subita dal ricorrente.

Leggendo le ordinanze si nota come i Magistrati di sorveglianza, pur dimostrando di conoscere in linea teorica il meccanismo delineato dalla sentenza Muršič per superare la forte presunzione di violazione della CEDU<sup>94</sup>, utilizzano poi gli elementi compensativi in modo poco compatibile con tali premesse. Si prenda ad esempio l'ordinanza n. 10035 del 2016 in cui il giudice accerta che il ricorrente è stato ristretto in uno spazio inferiore ai tre metri quadri per più di due anni consecutivi. Ove si fosse realmente conformato a quanto statuito nella sentenza Muršič, avrebbe dovuto logicamente rilevare l'impossibilità di superare la forte presunzione di violazione della Convenzione, in ragione della non breve durata della permanenza in detto spazio. I giudici di Strasburgo avevano infatti accertato all'unanimità la sussistenza della violazione dell'art. 3 della Convenzione rispetto al periodo di detenzione subito per ventisette giorni consecutivi, ritenendo di non poterlo affatto definire 'breve'. Eppure il giudice, dopo aver precisato che spetta all'amministrazione penitenziaria l'onere di dimostrare la sussistenza degli elementi in grado di compensare la mancanza di spazio, passa oltre, ritenendo che:

La Casa Circondariale di Prato abbia soddisfatto all'onere della prova, tenuto conto che dalla relazione citata risulta che per quanto riguarda le ore di permanenza fuori dalla camera detentiva fino al 21.11.2013 il detenuto

---

<sup>94</sup> Nelle ordinanze si legge che: “Solo un analitico esame dei cd. ‘parametri compensativi’ (ovvero valutazione globale dell’offerta trattamentale, quindi periodi del giorno trascorsi fuori dalla cella collettiva, libertà di movimento in carcere: cd celle aperte, quindi decoro complessivo del carcere, quali ad esempio il rispetto delle esigenze sanitarie di base, l’aerazione disponibile, l’accesso alla luce e all’aria naturali, la possibilità di permanere in spazi aperti per un congruo numero di ore e così via) può elidere la forte presunzione di cui sopra”. In tal senso, *ex multis*, ord. n. 10410/2017, 1105/2018.



“aveva la possibilità di recarsi al cortile passeggi dalle ore 8,40 alle ore 10,50 e dalle ore 13,00 alle ore 14,50; all’interno della sezione detentiva in cui il condannato era ristretto era prevista la fruizione della socialità a celle chiuse dalle ore 16,20 alle ore 18,50, una volta alla settimana era prevista la fruizione del campo sportivo, alternativamente di mattina o di pomeriggio con orari che andavano dalle ore 9,00 alle ore 10,30 la mattina, dalle ore 13,00 alle ore 14,30 di pomeriggio, tre volte a settimana poteva fruire della palestra, alternativamente di mattina o di pomeriggio con gli stessi orari previsti per il campo sportivo” che è stato sempre garantito il trattamento di risocializzazione e una equa distribuzione delle opportunità lavorative (...) Rilevato che dalla relazione acquisita risulta che le camere detentive erano illuminate, areate, riscaldate e dotate di servizi igienici riservati<sup>95</sup>.

Riassumendo, il giudice non solo ha considerato bastevole e probante quanto riferito nella relazione dell’amministrazione ma ha ritenuto altresì che quattro ore d’aria al giorno, due ore di ‘socialità a celle chiuse’, la possibilità di recarsi una volta a settimana al campo sportivo e di fruire della palestra, fossero elementi idonei a compensare più di due anni di detenzione vissuti ininterrottamente in uno spazio inferiore a tre metri quadri. La forte, anzi in questo caso fortissima, presunzione di violazione dell’art. 3 della CEDU risulta così agilmente aggirata da una valutazione che, lungi dall’essere puntuale e mirata, prescinde completamente dalle circostanze del caso concreto: non si precisa se il ricorrente abbia svolto attività lavorative o per quanto tempo ma ci si limita ad affermare che, in generale, l’istituto garantisce una ‘equa distribuzione delle opportunità lavorative’; non si parla delle condizioni fisiche e psichiche del ricorrente e non si fa neanche menzione dell’età dell’istante, che al momento della decisione del ricorso aveva 74 anni e che dunque verosimilmente non aveva potuto fruire della palestra e del campo sportivo “alternativamente di mattina o di pomeriggio”.

Ci appaiono, in conclusione, fondate le preoccupazioni di quella parte della dottrina che leggeva nell’abbandono della presunzione assoluta di violazione dell’art. 3 della CEDU il rischio di un ulteriore restringimento della tutela dei diritti dei detenuti. I Magistrati di sorveglianza, infatti, lungi dal valorizzare il carattere multifattoriale dell’accertamento della

---

<sup>95</sup> La parte compresa all’interno delle virgolette è una citazione estesa all’interno dell’ordinanza n. 10035 del 2016, UDS di Firenze.



violazione dell'art. 3 della CEDU, nella maggior parte dei casi, hanno continuato a riconoscere valore preminente al criterio spaziale, prendendo in considerazione gli elementi compensativi solo ove servissero a vincere la presunzione di violazione della Convenzione e dunque a rigettare l'istanza. Peraltro, anche in ordine ai criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo, la giurisprudenza interna è rimasta per lungo tempo appiattita su criteri meramente formali, che sono valsi a restringere ulteriormente l'ambito di tutela della dignità dei detenuti.

## 7. Il criterio di calcolo dello spazio detentivo

Data la centralità assunta dal parametro spaziale nell'accertamento dell'esistenza di un trattamento inumano o degradante, è indispensabile comprendere quale sia il criterio di calcolo adottato dai giudici per misurare la superficie all'interno della cella. Si tratta di capire se i tre metri quadri e dunque lo spazio detentivo minimo debbano essere intesi come lo spazio della cella astrattamente disponibile per ciascun detenuto, ovvero come spazio da esso concretamente 'vivibile'. Pur sembrando, a prima vista, una questione di poco conto, in realtà dall'adesione all'una o all'altra impostazione dipende direttamente l'ampiezza della tutela fornita dall'art. 3 della CEDU: interpretare lo spazio detentivo minimo in termini di "spazio astrattamente disponibile" significa calcolare detto spazio al lordo degli arredi e degli ingombri presenti nella cella; per contro, la lettura dello standard minimo in termini di spazio vivibile impone di detrarre dallo spazio disponibile in astratto quello occupato dagli arredi, portando ad un ampliamento della tutela offerta dall'art. 3 della Convenzione. Pur in assenza di specifiche indicazioni da parte della normativa interna<sup>96</sup>, la questione sarebbe stata di semplice e pronta soluzione se solo i giudici si fossero lasciati guidare dall'unico valore che pervade l'intera materia in esame, ovvero quello della tutela della dignità dell'uomo. Così facendo sarebbero stati sicuramente e naturalmente orientati verso l'interpretazione più garantista e favorevole ai detenuti. Purtroppo, invece, la maggior parte delle volte è stata

<sup>96</sup> L'art. 6 O.P. si limita a prevedere, al primo comma, che "i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti devono essere di ampiezza sufficiente", mentre l'art. 6 del Regolamento esecutivo prescrive le condizioni igieniche e di illuminazione delle celle, senza stabilire alcun parametro dimensionale minimo.



privilegiata una lettura formalistica della norma, che ha ridotto il meccanismo di tutela della dignità dell'uomo ad un esercizio di "giurisprudenza catastale"<sup>97</sup>, incentrato su calcoli astratti e svincolati dalle peculiarità del caso concreto.

Passando in rassegna le ordinanze pronunciate dai giudici fiorentini, si nota come il risarcimento sia stato negato in tutti quei casi in cui dal calcolo della superficie della cella – conseguito dividendo l'area per il numero dei suoi occupanti – si ottenesse un risultato anche di pochi centimetri superiore ai tre metri quadri. E ciò senza verificare la specifica composizione della cella e senza attribuire alcun rilievo alla maggior parte del mobilio in essa presente. In un'ordinanza dell'agosto 2015<sup>98</sup> il Tribunale di Sorveglianza di Firenze chiarisce che gli arredi, nel loro ingombro minimo ragionevole, non devono essere detratti, in quanto oggetti funzionali a garantire una detenzione umana:

Peggio sarebbe se la cella non contenesse sgabelli, tavoli o armadietti, così che il detenuto non avrebbe dove appoggiare i propri effetti personali, e non avrebbe dove sedersi e trascorrere il tempo, atteso che la camera detentiva è utilizzata per lo svolgimento della vita quotidiana e non deve essere quindi uno spazio vuoto, non arredato o arredato solo in parte, poiché in tal caso davvero la detenzione sarebbe disumana e degradante, non offrendosi al detenuto i minimi supporti per una vita dignitosa in un ambiente destinato al pernottamento e a trascorrere parte della giornata e quindi in quanto tale completo di arredamento congruo e funzionale proprio a garantire l'umanità della detenzione.

Il mobilio, insomma, nella logica dei giudici, non deve essere scomputato poiché funzionale a garantire una detenzione meno degradante di quella che sarebbe scontata in una cella non ammobiliata. Dal momento che gli arredi servono proprio a garantire l'umanità della detenzione, il loro ingombro sarebbe ininfluenza ed anche se occupassero in concreto uno spazio significativo all'interno della cella, non potrebbe esserci una violazione dell'art. 3 della Convenzione. Pare proprio che "i diritti dei detenuti siano limitati come le fette di una

---

<sup>97</sup> L'espressione "giurisprudenza catastale" è stata coniata da R. Piroso, ed è utilizzata a p. 18 del già citato intervento di parte terza presentato dall'associazione L'Altro diritto Onlus in Muršič c. Croazia.

<sup>98</sup> L'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Firenze è citata nell'ord. n. 10477/2014, emessa in data 03/10/2015.



torta, se si assicurano gli elementi di arredo essenziali non c'è più possibilità di garantire anche lo spazio minimo personale<sup>99</sup>. Seguendo questa impostazione i giudici, nelle ordinanze analizzate, si limitano a detrarre dallo spazio disponibile in astratto le sole superfici occupate dagli arredi fissi (quali un grande armadio) ma non anche quelle occupate dal resto degli ingombri presenti nella cella, poiché ritenuti “facilmente amovibili”. Tale orientamento ha portato i giudici a ritenere di non dover detrarre neanche lo spazio occupato dal letto, soprattutto nei casi in cui il letto fosse singolo e non a castello, “essendo lo stesso utilizzabile per distendersi di giorno e per dormire la notte e dunque rientrante nello spazio concretamente disponibile del detenuto”. Il diverso destino riservato al letto ‘a terra’ rispetto al letto incastellato, trova giustificazione nell’idea che se il letto a castello, a causa delle sue dimensioni e del suo ingombro, non può essere utilizzato dal detenuto che per sdraiarsi, al contrario il letto singolo può essere facilmente spostato o utilizzato per svolgervi le normali azioni della vita quotidiana, quali ad esempio sedersi, consumare i pasti, leggere, studiare.

Questa linea interpretativa, pur essendo perfettamente coerente con quanto stabilito dalla circolare del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria del 18 aprile 2014 secondo cui le direzioni degli Istituti penitenziari avrebbero dovuto “indicare la superficie risultante dalle planimetrie dell’istituto, senza operare alcuna detrazione dovuta alla ovvia presenza dei mobili<sup>100</sup>, appare in contrasto con le molteplici indicazioni provenienti da Strasburgo e dalla Corte di Cassazione nel senso di dover privilegiare un’interpretazione dello spazio detentivo compatibile con il valore della dignità dell’uomo.

### 7.1. Le indicazioni della Corte EDU e della Corte di Cassazione

Pur non potendo rintracciare nella giurisprudenza europea un vero e proprio orientamento consolidato sul metodo di calcolo dei tre metri quadri<sup>101</sup>, è tuttavia innegabile che i giudici di

<sup>99</sup> S. Ciuffoletti (2017) “Il giudice di *civil law* davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull’(in)effettività del rimedio di cui all’art. 35 *ter* o.p. alla luce di due recenti ordinanze del Magistrato di sorveglianza di Pisa”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 12, 5-42, p. 13.

<sup>100</sup> Circolare DAP, N. Prot. Gdap-0145780 del 18 aprile 2014, “Contenzioso ai sensi degli artt. 35-bis e 69 o.p. Reclami in tema di calcolo dello spazio detentivo pro capite”.

<sup>101</sup> Basti pensare che nel caso *Tellissi c. Italia*, 5/3/2013, ricorso n. 15434/11. del marzo 2013, la Corte europea aveva incluso nella determinazione dello spazio minimo sia la superficie dei mobili che quella occupata dal

Strasburgo abbiano privilegiato un'interpretazione dello spazio coerente con la finalità ultima di tutela della dignità e dei diritti del singolo detenuto. Nella sentenza *Ananyev e altri c. Russia*, i giudici di Strasburgo interpretano il concetto di 'spazio minimo personale' in termini di superficie concretamente vivibile dai detenuti<sup>102</sup>, richiedendo che l'area della cella sia tale da "consentire ai detenuti di muoversi liberamente intorno ai mobili all'interno della cella"<sup>103</sup>. Lo stesso principio è stato successivamente ripreso dalla sentenza della Grande Camera nel caso *Muršič c. Croazia* in cui la Corte non si limita ad illustrare il metodo di calcolo adottato nel caso specifico che si trova a decidere ma fornisce anche una preziosa indicazione di ordine generale, laddove stabile che "l'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella":

La Corte (...) ritiene, appoggiandosi in questo al metodo del CPT, che in questo calcolo la superficie totale della cella non debba comprendere quella dei sanitari (paragrafo 51 *supra*). In compenso il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili. L'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente nella cella (cfr., ad esempio, *Ananyev e altri*, cit., §§ 147-148; e *Vladimir Belyayev*, cit., § 34)<sup>104</sup>.

La Corte europea in questa pronuncia sembra indicare che, a prescindere dal metodo di calcolo adottato nel caso concreto, ciò che conta è determinare se i detenuti abbiano la disponibilità di uno spazio che consenta il normale movimento. Una valutazione di questo tipo non può seguire regole di calcolo valevoli in astratto poiché dipende necessariamente dalla situazione concreta in cui il detenuto si trova ristretto. In altre parole, per comprendere se un detenuto abbia o meno la possibilità di 'muoversi normalmente' non è sufficiente conoscere la planimetria della cella ma è indispensabile sapere quali sono gli arredi che la

---

bagno; laddove, nella pronuncia *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte calcolava invece, lo spazio disponibile detraendo la superficie occupata dal bagno ma al lordo dell'area occupata dai mobili.

<sup>102</sup> Si veda l'intervento di parte terza presentato dall'associazione L'altro diritto ONLUS alla Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa *Muršič c. Croazia*, cit., §13: "Il test di *Ananyev* si fonda non solo sullo spazio personale minimo disponibile in carcere, ma anche sull'idea di uno spazio vivibile".

<sup>103</sup> *Ananyev e altri c. Russia*, cit., §148.

<sup>104</sup> *Muršič c. Croazia*, Grande Camera, cit., §114.



occupano, qual è il loro ingombro, il loro peso e dove sono allocati. Questa lettura della giurisprudenza europea – che, invero, appare anche “l’unica che permetta di riportare la discussione in ordine al calcolo relativo ai metri quadri disponibili (...) su un piano giuridico, che, non sia detto per inciso, è il piano della valutazione della violazione del diritto alla dignità di una persona”<sup>105</sup> – è stata avallata dalla Corte di Cassazione che ha adottato un’interpretazione del calcolo dello spazio disponibile conforme alla lettura più garantista della giurisprudenza europea.

Prima della sentenza della Grande Camera della Corte europea *Muršič c. Croazia*, la giurisprudenza di legittimità era stata, sul punto, altalenante: in alcuni casi non aveva detratto lo spazio occupato dal mobilio dalla superficie lorda della cella<sup>106</sup>; in altri casi, al contrario, lo aveva sottratto<sup>107</sup>; in altri casi ancora, aveva fatto riferimento alla nozione di “superficie calpestabile” per indicare l’area che doveva essere presa in considerazione ai fini del calcolo dei 3 mq<sup>108</sup>; in alcuni casi, aveva poi ritenuto che anche lo spazio occupato dal letto non potesse rientrare nella superficie netta<sup>109</sup>. Tuttavia, a seguito della pronuncia della Corte europea, e in particolare a partire dalla sentenza *Sciuto n. 52819 del 2016*<sup>110</sup>, la giurisprudenza di legittimità interpreta in chiave funzionale la nozione di spazio minimo individuale come “spazio destinato al movimento” e chiarisce che il criterio del calcolo dei 3 mq al lordo del mobilio, utilizzato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Muršič c. Croazia*, deve essere necessariamente coniugato con l’altro criterio ivi espresso, costituito dalla facoltà di muoversi normalmente nella cella. Alla luce di ciò, la Suprema Corte enuncia un importante principio di diritto:

Per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie lo spazio

<sup>105</sup> In tal senso, S. Ciuffoletti (2017), cit., p. 12.

<sup>106</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 18 ottobre 2013, n. 4290.

<sup>107</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 5 febbraio 2014, n. 5728.

<sup>108</sup> In tal senso, Corte Cass. Pen., Sez. VI, 3 giugno 2016, n. 23277; Corte Cass. Pen., Sez. VI, 13 luglio 2016, n. 29721.

<sup>109</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 26 febbraio 2015, n. 8568.

<sup>110</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 52819.



destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi ma anche quello occupato dal letto<sup>111</sup>.

Tale linea interpretativa è stata poi ripresa in numerosi arresti successivi. In particolare, nella decisione Sez. I n. 41211 del maggio 2017 la Suprema Corte ha affermato che la porzione di spazio individuale minimo deve intendersi come “superficie funzionale alla libertà di movimento del recluso, già di per sé fortemente limitata dall’esperienza segregativa”. Non può dunque essere considerata superficie ‘utile’ alla integrazione della quota di spazio minimo individuale, “quella occupata da arredi fissi che, seppur necessari, assolvono a finalità diverse rispetto a quella del movimento del corpo nello spazi”.

Nonostante che tale lettura dello spazio in termini di superficie funzionale al movimento possa ormai dirsi consolidata, i giudici di sorveglianza hanno ritenuto di non poterla condividere, giudicando le pronunce della Cassazione in contrasto con quanto stabilito dalla Corte europea. Adottando un’interpretazione restrittiva del criterio di calcolo dello spazio personale elaborato nella sentenza *Muršič*, i giudici di sorveglianza hanno valorizzato unicamente l’assunto per cui nel calcolo della superficie si deve escludere lo spazio occupato dai sanitari ma includere quello occupato dai mobili, ignorando invece il principio di chiusura in virtù del quale ciò che conta è comprendere se i detenuti abbiano la possibilità di muoversi normalmente all’interno della cella. Nelle ordinanze fiorentine si legge che:

Secondo la più recente giurisprudenza della Corte Europea (cfr. sentenza 20.10.2016 *Muršič c. Croazia*) la determinazione dello spazio detentivo minimo dei 3 metri quadrati (al di sotto del quale si configura “une forte *présomption de violation de l'article 3*”) deve essere effettuata escludendo, da un lato, la superficie del locale adibito a servizio igienico, ma tenendo conto, dall’altro, dello spazio occupato dagli arredi e dai mobili<sup>112</sup>.

Il metodo di calcolo dello spazio evincibile dalla sentenza *Muršič*, richiamato senza la necessaria contestualizzazione e senza la valorizzazione degli altri elementi contenuti nella

---

<sup>111</sup> Nota n. 110: Corte Cass. Pen., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, ricorrente Sciuto, §3.8 del Considerato in diritto.

<sup>112</sup> In tal senso, Ord. n. 10130 del 2014, emessa in data 22 dicembre 2016.



pronuncia è servito ai giudici per mantenere l'accertamento del livello minimo di gravità del pregiudizio su un piano astratto e svincolato dalla reale condizione vissuta dal reclamante. I calcoli effettuati dai giudici sono sempre automatici e standardizzati: dallo spazio ottenuto dividendo la superficie lorda della cella per il numero degli occupanti, viene detratto lo spazio occupato dal bagno, 0,20 metri quadri per ciascun arredo fisso, e, in alcuni casi, il letto a castello, di metratura standard di 1,72 metri quadri. Ciò che non si trova mai, nelle ordinanze, è la descrizione della reale struttura della cella e della concreta disposizione dei mobili all'interno di essa, informazioni indispensabili per valutare la possibilità del detenuto di muoversi normalmente all'interno della cella.

Questa impostazione formalistica è così radicata nella prassi applicativa del rimedio compensativo, da non riuscire ad essere scalfita neanche dall'indirizzo consolidato della Corte di Cassazione<sup>113</sup>. Giudicando le indicazioni della Suprema Corte in contrasto col criterio di calcolo dello spazio enunciato da Strasburgo, i giudici di sorveglianza hanno dichiarato di dover preferire la lettura della Corte europea a quella della Cassazione, in forza del rinvio contenuto nell'art. 35-ter alla giurisprudenza alsaziana che sarebbe dunque destinata a prevalere su quella interna:

---

<sup>113</sup> La stessa argomentazione è utilizzata dai Magistrati di sorveglianza di Pisa nelle “gemelle pisane” compendiate da S. Ciuffoletti (2017), cit., p. 13: “Alla ricerca non solo del diritto consolidato europeo, ma di un ‘diritto dei principi’ consolidato, il magistrato di sorveglianza di Pisa cerca affermazioni espresse e inequivocabili all'interno della giurisprudenza alsaziana e le trova nel principio per cui ‘gli arredi fissi (compreso il letto) non debbano essere sottratti nel computo dello spazio pro capite in cella’”.



Al riguardo è sufficiente osservare che, in virtù di quanto dispone *expressis verbis* l'art 35-ter ord., ai fini dell'accertamento della violazione del divieto di cui all'art 3 della Convenzione europea occorre fare riferimento all'interpretazione adottata dalla Corte Europea, con la conseguenza che tale soluzione interpretativa è destinata a prevalere rispetto all'eventuale diversa soluzione enucleabile dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (e tutto ciò a prescindere dal fatto che il criterio secondo cui lo spazio detentivo minimo deve essere determinato al netto dello spazio occupato dai mobili non appare condivisibile nella misura in cui non sembra tener conto del fatto che il letto ed mobili sono comunque necessari ai fini della quotidiana vivibilità della cella)<sup>114</sup>.

A ben vedere, non sussiste alcun contrasto tra la giurisprudenza europea e quella di legittimità, avendo quest'ultima interpretato e trasposto nel diritto interno il principio enunciato dalla Corte EDU della "possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella"; ma, anche a voler ritenere che un contrasto tra giurisprudenza nazionale e sovranazionale ci sia, non può non rilevarsi come quella della Corte di Cassazione si prospetti come una interpretazione *in melius* in punto di tutela dei diritti dei detenuti, interpretazione che quindi dovrebbe prevalere su quella, più restrittiva, della Corte europea. La giurisprudenza di legittimità non ha fatto altro che leggere le indicazioni europee in modo tale da garantire una massima espansione della protezione dei diritti fondamentali e, in particolare, del diritto enunciato al comma 3 dell'art. 27 della Costituzione, in virtù del quale "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

Se la *ratio* dell'intera disciplina è quella di garantire una tutela effettiva dei diritti e della dignità in carcere, non si possono ignorare tutti quegli sforzi interpretativi volti a massimizzare l'operatività dei rimedi, tanto più se tali sforzi interpretativi provengono dalla Corte di Cassazione. Del resto, è la stessa Corte costituzionale a dire, nella sentenza n. 49 de 2015, che il giudice nazionale "non è un passivo recettore del comando esegetico del giudice di Strasburgo", essendo al contrario chiamato a svolgere una funzione di interpretazione del principio convenzionale che gli consenta di trovare la soluzione più idonea ad espandere al

---

<sup>114</sup> Ord. n. 10130/2014.



massimo la protezione dei singoli diritti fondamentali. La giurisprudenza di legittimità, interpretando lo spazio minimo in chiave funzionale, ha esteso e garantito la portata di un diritto fondamentale in modo maggiore rispetto a quella sovranazionale. Alla luce di ciò, si ritiene che tale approdo interno non possa soccombere dinanzi ad una concezione formalistica della norma, volta, al contrario, a restringere la concreta operatività del rimedio interno.

In conclusione, per tornare alla metafora con cui si è introdotto il nostro studio, pare proprio che le modalità con cui i giudici hanno recepito l'atto normativo esercitino un notevole 'attrito' nel percorso di espansione della tutela dei diritti in carcere. I Magistrati di sorveglianza, pur essendo dotati di una significativa discrezionalità nella lettura della giurisprudenza europea hanno scelto, il più delle volte, di ridurre la discussione sul carcere e sul senso di umanità a riflessioni di tipo catastale, dimostrando di vivere con una certa prudenza il loro ruolo di garanti dei diritti dei detenuti. Questo approccio formalistico, in evidente contrasto con il criterio della 'maggior tutela' che dovrebbe orientare il giudice nell'applicazione della norma, è il riflesso di una cultura giuridica non ancora del tutto aperta al riconoscimento della dignità dei detenuti e, al contempo, il più grande ostacolo alla sua concreta affermazione. Per invertire questa tendenza è necessario che i giudici sostituiscano alla logica dei metri quadrati quella del senso di umanità, recuperando i valori della individualità, eterogeneità e complessità degli esseri umani. Fino a che i Magistrati di sorveglianza riterranno di poter valutare il rispetto della dignità dell'uomo sulla base di semplicistiche operazioni materiali e impersonali di calcolo dello spazio in cella, la fiducia dei detenuti nell'utilità del ricorso continuerà a diminuire di pari passo con l'effettività della tutela, e il senso di umanità sarà destinato a rimanere escluso dai penitenziari italiani.



## Biografia degli autori

SALOMÈ ARCHAIN è assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze e coordinatrice della clinica legale su “La protezione dei diritti dei richiedenti protezione internazionale” organizzata dal Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni (ADIR) in collaborazione con la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

OLGA CARDINI è dottoranda in Teoria e Storia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze e collabora con il Centro di informazione giuridica sull'immigrazione (AdirMigranti) del Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni (ADIR)

KATIA PONETI è dottoressa di ricerca in Teoria e storia del diritto e funzionaria presso l'Ufficio del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale della Regione Toscana. È membro del comitato scientifico de La società della Ragione, e coordina seminari su carcere e filosofia della pena presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze.

PIETRO PELLEGRINI è medico specialista in psichiatra e psicoterapeuta. È Direttore del Dipartimento Assistenziale Integrato Salute Mentale Dipendenze Patologiche dell'AUSL di Parma, e componente della “Cabina di regia presso AGENAS per problematiche inerenti i soggetti ristretti in attesa di internamento in REMS”.

CIRO TARANTINO è professore di Sociologia dei processi culturali e comunicativi presso il Dipartimento di Studi Umanistici dell'Università della Calabria, dove è responsabile scientifico di Atypicalab for Cultural Disability Studies. Condirettore scientifico del Robert



Castel Centre for Governmentality and Disability Studies, è componente del gruppo di lavoro n. 4 “Contrasto alla segregazione” dell’Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

ELENA MUJOSKA TRPEVSKA, PhD, is a Research Fellow at the Center for Strategic Research at the Macedonian Academy of Sciences and Arts. She is the president of the Macedonian Society of Penology and an NGO activist.

GORDANA LAŽETIĆ, PhD, has been a full-time professor since 2012 and is Head of the Department of Criminal Law and Criminology at the Faculty of Law “Iustinianus Primus” in Skopje. She is the president of the State Council for Prevention of Child Delinquency, the Macedonian Association of Criminal Law and Criminology, a member of the Macedonian National Council for Higher Education and Scientific Research, and the Balkan Criminology Network, as a part of the Max Planck Partner Group for Balkan Criminology in Freiburg, Germany.

CARLO MARIA MUSTARO è esperto in sociologia del diritto e della pena e componente dell’Ufficio del Garante per i diritti delle persone private della libertà personale del Comune di Torino.

VINCENZO SCALIA è Professore Associato di Sociologia della Devianza, Università degli Studi di Firenze. Ha insegnato in Inghilterra, Argentina, Messico. Si occupa di devianza minorile, abusi di polizia, criminalità organizzata. I suoi lavori sono tradotti in 4 lingue.

MARIA CRISTINA FROSALI è ricercatrice presso il Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni (ADIR), tirocinante ex art. 73 presso il Tribunale di sorveglianza di Firenze e borsista del Seminario di Studi e Ricerche parlamentari “Silvano Tosi”.



